

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Constitucional



TESIS DOCTORAL

**Los derechos fundamentales de los parlamentarios en España
y Perú: un estudio comparado**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Eddie Rafael Cajaleón Castilla

Directores

**Javier García Roca
César Landa Arroyo**

Madrid, 2018

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL



TESIS DOCTORAL

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS

PARLAMENTARIOS EN ESPAÑA Y PERÚ:

UN ESTUDIO COMPARADO

AUTOR: EDDIE RAFAEL CAJALEÓN CASTILLA

DIRECTOR: DR. JAVIER GARCÍA ROCA

DIRECTOR: DR. CÉSAR LANDA ARROYO

MADRID 2017

A mi madre

Índice

Índice.- p. 3

Resumen.- p. 11

Abstract.- p.12

Introducción.- p. 13

CAPÍTULO I: FUNDAMENTACIÓN CULTURAL.- p. 17

1.- Teoría cultural de la Constitución.- p. 17

2.- Participación ciudadana.- p. 26

2.1.- Sufragio censitario vs. sufragio universal: mujeres, extranjeros y menores.- p. 28

2.2.- *Status* activo o *activae civitatis*, y *status activus processualis*.- p. 41

2.3.- Modelos de ciudadanía.- p. 45

3.- Representación política.- p. 59

3.1.- Mandato imperativo y de partido vs. representación libre e independiente.- p. 62

3.2.- La relación de representación y la construcción de voluntad general.- p. 81

3.3.- Medios de conexión postelectoral entre representantes y electores.- p. 86

4.- Oposición política.- p. 92

4.1.- Concepto y funciones de la oposición.- p. 94

4.2.- Estatuto constitucional de la oposición parlamentaria.- p. 111

4.3.- Estatuto constitucional del parlamentario.- p. 115

CAPÍTULO II: TEORÍAS INSTITUCIONAL, DEMOCRÁTICA Y DE LA GARANTÍA PROCESAL.- p. 121

1.- Las teorías de los derechos fundamentales.- p. 121

1.1.- La teoría institucional.- p. 121

1.2.- La teoría democrático-funcional.- p. 124

1.3.- La teoría de la garantía procesal.- p. 125

2.- El contenido esencial.- p. 131

- 2.1.- Según la naturaleza y los intereses jurídicos protegidos.- p. 132
- 2.2.- La teoría institucional.- p. 133
- 2.3.- Las estructuras bipartitas y tripartitas.- p. 134
- 2.4.- El principio de proporcionalidad.- p. 136
- 3.- Las funciones institucionales del legislador de conformación y limitación.- p. 137
- 4.- La interpretación conforme a los Tratados Internacionales de derechos humanos.- p. 139
- 5.- La fundamentalidad de los derechos configurados y desplegados de la Constitución.- p. 145

CAPÍTULO III: DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO.- p. 151

- 1.- Constituciones y Tratados Internacionales.- p. 151
- 2.- Teoría institucional del sufragio: doble dimensión.- p. 152
- 3.- Derecho de sufragio: activo y pasivo.- p. 153
- 4.- *Ius ad officium*.- p. 155
- 5.- Incapacidad, inelegibilidad e incompatibilidad.- p. 156
- 6.- La expresión “asuntos públicos” como participación política.- p. 159
- 7.- Objeto del derecho: cargo público y función pública.- p. 161
- 8.- Jurisprudencia: aspectos comunes y singulares.- p. 164
 - 8.1.- Corte Interamericana de Derechos Humanos.- p. 167
 - A.- Sanción administrativa de inhabilitación en el ejercicio de cargo público.- p. 167
 - B.- Sanción de inhabilitación por sentencia condenatoria penal.- p. 167
 - C.- Restricción de sufragio pasivo de comunidades indígenas.- p. 168
 - D.- Presentación de candidaturas por partidos políticos y candidaturas independientes.- p. 169
 - 8.2.- Tribunal Constitucional del Perú.- p. 170
 - A.- Restricción del sufragio pasivo por proceso penal en trámite.- p. 170
 - B.- Sanción de inhabilitación en ejercicio de cargo público por resolución del Congreso.- p. 171

C.- Restricción del sufragio pasivo por exclusión del procedimiento electoral.- p. 173

D.- Acceso a la función de juez y fiscal.- p. 174

8.3.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos.- p. 176

A.- Interpretación favorable a derechos subjetivos de participación política.- p. 176

B.- Causas de inelegibilidad: margen de apreciación nacional.- p. 177

C.- Incompatibilidades de funcionarios públicos: margen de apreciación nacional.- p. 179

D.- La lengua oficial como requisito de elegibilidad.- p. 180

E.- La privación del sufragio a presos por sentencia condenatoria.- p. 182

F.- La suspensión del sufragio por detención preventiva.- p. 183

G.- Barrera electoral: margen de apreciación nacional.- p. 184

8.4.- Tribunal Constitucional de España.- p. 185

A.- Interpretación favorable a sufragio pasivo.- p. 185

B.- Candidaturas sucesoras de partidos políticos ilegalizados.- p. 187

C.- Denegación de acceso por incumplimiento de juramento de acatamiento a la Constitución.- p. 189

D.- Denegación de acceso por fórmula de juramento de acatamiento a la Constitución.- p. 191

CAPÍTULO IV: DERECHO FUNDAMENTAL DE PERMANENCIA.- p. 193

1.- Dilatación jurisprudencial del acceso al cargo.- p. 193

2.- Teoría institucional.- p. 193

3.- Derecho de permanencia y mandato parlamentario.- p. 196

4.- *Ius in officium*.- p. 196

5.- Garantía frente al vaciamiento del contenido del derecho.- p. 197

6.- Garantía frente a la extinción y suspensión ilegítimas del cargo.- p. 198

7.- Prohibición de revocación del mandato parlamentario.- p. 198

7.1.- Por el partido político.- p. 198

7.2.- Por el pueblo.- p. 199

8.- Renuncia voluntaria del cargo.- p. 200

9.- Disolución de partidos políticos y cese automático de parlamentarios.- p. 203

10.- Jurisprudencia: aspectos comunes y singulares.- p. 206

10.1.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos.- p. 208

A.- Cese automático de parlamentarios como medida accesoria a la disolución de partido político ilegalizado: el Partido de la Democracia.- p. 208

B.- Cese automático de parlamentarios por actos y palabras como medida accesoria a disolución de partido político ilegalizado: el Partido de la Prosperidad.- p. 209

10.2.- Comisión de Venecia del Consejo de Europa y transfuguismo.- p. 211

10.3.- Tribunal Constitucional de España.- p. 212

A.- Cese de alcalde y concejal por expulsión de partido político.- p. 212

B.- Cese de concejales por expulsión de partido político.- p. 214

C.- Cese de concejal por renuncia revocada por desistimiento.- p. 215

10.4.- Corte Interamericana de Derechos Humanos.- p. 217

A.- Destitución de magistrados del Tribunal Constitucional del Perú.- p. 217

B.- Destitución de magistrados del Poder Judicial de Venezuela.- p. 217

C.- Destitución de magistradas provisorias del Poder Judicial de Venezuela.- p. 217

D.- Destitución de magistrados de la Corte Suprema de Ecuador.- p. 221

E.- Destitución de magistrados del Tribunal Constitucional de Ecuador.- p. 222

10.5.- Tribunal Constitucional y del Poder Judicial del Perú.- p. 223

A.- Vacancia de alcalde por sentencia penal condenatoria no firme.- p. 223

B.- Vacancia de alcalde por causal de nepotismo.- p. 224

C.- Inhabilitación de función pública por infracción constitucional declarada en juicio político.- p. 225

D.- Cese de magistrados de la Corte Suprema por decreto ley.- p. 226

E.- Renuncia al cargo de congresista.- p. 227

CAPÍTULO V: DERECHO FUNDAMENTAL AL DESEMPEÑO.- p. 229

1.- Triple dimensión del derecho.- p. 229

2.- Teoría institucional: doble dimensión.- p. 229

3.- *Ius in officium*.- p. 232

4.- Estatuto del cargo público representativo.- p. 233

4.1.- Estatuto constitucional.- p. 234

4.2.- Conformación reglamentaria.- p. 236

5.- Facultades *uti singuli* y *uti socii*.- p. 236

6.- Sujetos pasivos.- p. 237

6.1.- Frente a los grupos parlamentarios.- p. 237

6.2.- Frente a los órganos de dirección compuestos por mayorías parlamentarias.- p. 238

6.3.- Frente al Gobierno.- p. 240

7.- Jurisprudencia: aspectos comunes y singulares.- p. 241

7.1- Tribunal Europeo de Derechos Humanos.- p. 242

A.- Principios interpretativos.- p. 243

B.- Derecho al ejercicio frente a cese indebido por renuncia.- p. 245

C.- Derecho al ejercicio frente a cese por incumplimiento de requisitos de sufragio pasivo.- p. 246

D.- Derecho al ejercicio frente a sanción de extinción de mandato accesoria a disolución de partido político.- p. 247

E.- Derecho a formular una pregunta a funcionario del ejecutivo.- p. 247

F.- Libertad de expresión de parlamentarios de oposición.- p. 249

G.- Sanciones disciplinarias y libertad de expresión de parlamentarios de oposición.- p. 252

7.2.- Tribunal Constitucional de España.- p. 254

A.- En la función representativa.- p. 256

B.- En la función legislativa.- p. 270

C.- En la función de control.- p. 276

7.3.- Corte Interamericana de Derechos Humanos.- p. 297

A.- Principios interpretativos.- p. 297

B.- Diseño, implementación, desarrollo y ejecución de funciones públicas.- p. 300

C.- Criterios y procedimientos razonables de ascenso y suspensión.- p. 301

D.- Derecho a ejercicio del cargo de parlamentario.- p. 301

E.- Ejercicio del cargo de representante político indígena.- p. 303

7.4.- Tribunal Constitucional del Perú.- p. 305

A.- Derecho de acceso a función pública: ejercicio pleno y ascenso.- p. 306

CAPÍTULO VI: DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO.- p. 309

1.- Constituciones y Tratados Internacionales.- p. 309

2.- Teorías institucional y de la garantía procesal: doble dimensión.- p. 311

3.- Límite al poder de la autoridad sobre la vida, libertad y propiedad.- p. 312

4.- Concepto material de tribunal.- p. 316

5.- Funciones políticas y materialmente jurisdiccionales del Parlamento.- p. 321

6.- Función parlamentaria de control político y sus diferencias con el control jurídico.- p. 326

7.- El control jurisdiccional de los elementos reglados de los actos políticos.- p. 332

8.- Protección indirecta de derecho fundamental de acceso al cargo.- p. 334

9.- Protección indirecta de los derechos fundamentales de permanencia y desempeño del cargo.- p. 335

10.- Debido proceso y procedimientos parlamentarios: teoría de las escalas.- p. 338

10.1.- Voto de censura y rechazo de la cuestión de confianza.- p. 340

- 10.2.- Comisiones parlamentarias de investigación.- p. 344
- 10.3.- Juicio político.- p. 352
- 10.4.- Procedimiento ético-parlamentario.- p. 357
- 10.5.- Antejjuicio político.- p. 362
- 10.6.- Levantamiento de inmunidad parlamentaria.- p. 364
- 11.- Jurisprudencia: aspectos comunes y singulares.- p. 367
 - 11.1.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos.- p. 370
 - A.- Resolución parlamentaria de multa a periodista.- p. 370
 - B.- Sanciones disciplinarias de multas a parlamentarios.- p. 371
 - C.- Comisiones parlamentarias de investigación y garantías procesales.- p. 372
 - 11.2.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España.- p. 373
 - A.- Principio de legalidad sancionadora.- p. 373
 - B.- Principio de legalidad y garantías del proceso sancionatorio.- p. 374
 - 11.3.- Corte Interamericana de Derechos Humanos.- p. 376
 - A.- Órganos nacionales electorales y debido proceso.- p. 376
 - B.- Destitución de magistrados del Tribunal Constitucional del Perú.- p. 377
 - C.- Destitución de magistrados judiciales y constitucionales violatoria de derechos políticos y del debido proceso.- p. 379
 - D.- Garantías procesales aplicables al juicio político.- p. 382
 - 11.4.- Tribunal Constitucional y del Poder Judicial del Perú.- p. 389
 - A.- Procedimiento electoral.- p. 391
 - B.- Vacancia del cargo.- p. 392
 - C.- Juicio político.- p. 393
 - D.- Procedimiento ético-parlamentario.- p. 395
 - E.- Antejjuicio político.- p. 397

F.- Comisiones parlamentarias de investigación.- p. 400

F.1.- Caso César Tineo Cabrera.- p. 400

F.2.- Caso Alan García Pérez.- p. 405

F.3.- Caso Alejandro Toledo Manrique.- p. 406

F.4.- Garantías procesales aplicables a las comisiones parlamentarias de investigación.- p. 407

CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES.- p. 425

Bibliografía.- p. 439

Resumen

La investigación compara los derechos fundamentales de los parlamentarios en España y Perú, y la tutela que han merecido por los Tribunales Constitucionales, el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos derechos son importantes para concretizar los principios de participación ciudadana, representación política y respeto a la oposición política que fundamentan el Estado de Derecho y la democracia representativa.

Por un lado, estos derechos han adquirido una triple dimensión sustantiva: al acceso, a la permanencia y al desempeño o ejercicio efectivo del cargo público representativo, a partir de una interpretación jurisprudencial del artículo 23.2 de la Constitución Española. Por otro, han suscitado una cuarta dimensión procesal que protege las garantías del debido proceso en las cámaras, de acuerdo al artículo 139 de la Constitución del Perú y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La tutela por parte de los Tribunales Constitucionales, el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana debe examinar de modo conjunto los derechos sustantivos de los parlamentarios, con las garantías procesales más adecuadas a dichos derechos. Ello para impedir el abuso del poder de los órganos estatales y parlamentarios y las violaciones consecuentes de los derechos fundamentales.

En los últimos casos, la Corte Interamericana recurre al examen de ambos derechos separando las facultades sustantivas y las garantías procesales, pero luego reuniéndolos como conjunto, porque el acceso y el cese que determinan los derechos, deben respetar las garantías procesales reconocidas por la Convención. Además, los Estados parte no pueden imponer requisitos excesivos y desproporcionados que impidan la participación de los candidatos en las elecciones, y deben contemplar garantías procesales específicas en los procedimientos ante los órganos electorales.

Palabras claves: parlamentarios, participación ciudadana, representación política, oposición parlamentaria, acceso, permanencia, desempeño y debido proceso.

ABSTRACT

This research compares MPs' fundamental rights as they are recognized in Spain and Peru and judicial proceedings for their protection by the Constitutional Courts, the European Court and the Inter American Court of Human Rights. These rights are important in order to specify some principles such as political participation, representation and respect for the opposition's status, all of which are basic for the Rule of Law and representative democracy.

On one hand, the right to passive suffrage has acquired a triple dimension: to access, to remain and afterwards to hold and exercise a representative public office, an understanding which comes from constitutional case-law based on article 23.2 Spanish Constitution. But there might also be a fourth dimension related with due process of law within the Houses according to article 139 of the Peruvian Constitution and article 8 of the American Convention on Human Rights.

Judicial Review by the Constitutional Courts, the European Court and the Inter American Court must examine these fundamental rights of MPs following an integrated and balanced approach, and treating substantive rights and procedural guarantees as a whole, in order to avoid the abuse of political power by public bodies and parliamentary authorities and consequent violations of fundamental rights.

In recent cases, the Interamerican Court has reviewed these rights separating substantive faculties and procedural guarantees, but then rejoining them into a complex system, given that both accession and cessation should respect the procedural guarantees that the American Convention protects. In addition, member States cannot impose unproportioned or excessive requirements for electoral candidates and shall provide and secure specific guarantees in electoral proceedings.

Key words: Members of the parliament (MPs), political participation, political representation, parliamentary opposition, accession, permanence, exercise, due process of law.

Introducción

El objeto de este trabajo de investigación doctoral es comparar el reconocimiento y el desarrollo de los derechos fundamentales de los parlamentarios en el Estado democrático-representativo en España y Perú, y la tutela que han merecido por los Tribunales Constitucionales de ambos países, el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las experiencias de los tribunales nacionales e internacionales se examinan en el escenario del diálogo inherente al pluralismo constitucional en que coexisten.

El estudio comparado de los derechos fundamentales de los parlamentarios en España y Perú va a mostrar que el reconocimiento de sus contenidos constitucionalmente protegidos y la tutela de las facultades y potestades que lo conforman, han partido de una base textual común para luego expandirse y tomar caminos separados: uno en sentido más sustantivo, y otro más garantista-procesal. Y, finalmente, por pertenecer al mismo ámbito cultural y lingüístico, confluyen en la búsqueda de los horizontes más propicios para concretizar los principios y valores materiales que sirven de soporte cultural de la forma del Estado democrático-representativo, acordes a las realidades nacionales y continentales que tienen y las tradiciones jurídicas que influyen a cada país.

La comparación permite desplegar con intensidad para el Perú los contenidos de la triple dimensión sustantiva de este tipo de derechos que sirvan de fundamento adecuado a la protección procesal que se viene aplicando. Y para España abrir con identidad específica una verdadera cuarta dimensión procesal que asegure la triple dimensión constitucional ya conocida a través de un conjunto de garantías procesales adecuadas que la acompañen.

El desarrollo de estos derechos se ha producido a golpe de casos problemáticos resueltos por los tribunales nacionales e internacionales, que van construyendo a través de sentencias y resoluciones un derecho común de protección de los derechos de los parlamentarios, sin dejar de plasmar doctrinas particulares para aspectos singulares de este tipo de derechos que respondan a las necesidades nacionales y continentales específicas.

La línea de partida ha sido el derecho fundamental a ser elegido y tener acceso a los cargos públicos representativos, reconocido expresamente por las Constituciones de los Estados y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, que lleva consigo el derecho de permanencia en el cargo, creado jurisprudencialmente. Son los primeros eslabones para concretizar la participación ciudadana, la representación política y el respeto a la oposición parlamentaria.

Estos principios y valores materiales comienzan a cristalizarse mediante el derecho de sufragio, tanto en su vertiente activa: el derecho de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante la elección de su representantes. Como en su vertiente pasiva: el derecho a presentarse como candidato en una elección a cargos públicos representativos y a ser elegido y tener acceso a tales cargos. A través de estos derechos se da inicio y articula la relación de representación política para que los parlamentarios actúen en nombre y en el interés general del pueblo, incluyendo la representación de las minorías opositoras con planteamientos alternativos y la función de control político del Gobierno y las mayorías parlamentarias, inherente al Estado de Derecho.

El derecho de acceso ha sido interpretado tempranamente por el Tribunal Constitucional Español para no limitarse al acto de la elección y al momento de acceder al cargo, y abarcar los momentos posteriores de permanencia y mantenimiento para evitar que a través de ataques injustificados quede vaciado de contenido y eficacia real.

Con posterioridad, luego de una postura restrictiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que los derechos políticos no sólo protegen el mero acceso sino que garantizan también la permanencia y el desempeño del cargo, pues obliga que los criterios y procedimientos para la destitución y suspensión no sean arbitrarios ni discriminatorios, sino que sean razonables y objetivos. En la etapa anterior, sólo las garantías del debido proceso fueron utilizadas para la protección indirecta del derecho de permanencia en el cargo, y ahora van a confluir de modo conjunto con los derechos políticos en su dimensión sustantiva.

Los caminos que nos van a separar son el derecho al desempeño y ejercicio efectivo del cargo desarrollado sólo por el Tribunal Constitucional Español, y el derecho al debido

proceso utilizado con perseverancia por el Tribunal Constitucional Peruano para afirmar la protección indirecta del desempeño y ejercicio del cargo.

La actuación indebida de las Mesas de las cámaras españolas al calificar las iniciativas de los parlamentarios negando sus facultades, produjo que se elabore este peculiar derecho para reaccionar contra ellas y proteger a los parlamentarios afectados. Esto no ha ocurrido en el Congreso de la República del Perú, pero, como veremos, los tribunales peruanos han recurrido a las garantías del debido proceso frente a la sanciones de suspensión de los parlamentarios que impiden que ejerzan sus facultades durante el período de la suspensión, sin dejar de advertir que en una etapa previa la posibilidad de tutela judicial en el ámbito parlamentario estaba vedado.

Los horizontes buscados para hacer frente al ejercicio abusivo de los poderes sancionatorios de las mayorías parlamentarias han sido reducidos por el constituyente español a su mínima expresión, a los poderes disciplinarios de las cámaras sobre sus miembros. Y, se han ampliado en el Perú a grandes potestades: el juicio político y las comisiones investigadoras, incorporando las garantías del proceso sancionatorio o el derecho al debido proceso para su tutela efectiva frente a los mismos en cada ámbito nacional respectivamente.

Observaremos que para tutelar los derechos de los parlamentarios frente a sanciones abusivas de los órganos parlamentarios, el Tribunal Constitucional Español ha formado como barreras el principio de legalidad y tipicidad y la aplicación de las garantías del proceso sancionatorio. Pero, para tutelar a los parlamentarios y a los demás altos funcionarios del Estado, el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado la aplicación de las garantías del debido proceso no sólo contra los poderes disciplinarios del Congreso sobre sus miembros y a las potestades sancionatorias del juicio político que tiene, sino que además las ha extendido al trabajo de las comisiones parlamentarias de investigación a favor de los que sean citados para comparecer como investigados ante las mismas.

Mientras que hay un componente más sustantivo en España por la expansión del derecho fundamental al acceso a los cargos públicos representativos a la permanencia y el desempeño efectivo de los cargos, reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución

Española, sin perjuicio del lugar ocupado por las garantías del proceso sancionatorio frente a los poderes disciplinarios y de la vía reaccional específica para su tutela ante el Tribunal Constitucional. En el Perú, en clave garantista-procesal o adjetiva, la expansión del derecho fundamental al debido proceso y de sus garantías previstas por el artículo 139 de la Constitución Política ha cubierto las necesidades de protección indirecta de los derechos políticos de los parlamentarios y de otros altos funcionarios del Estado, a falta de un mayor desarrollo sustantivo como el español.

Esto no significa que en España no haya una comprensión adjetiva de los derechos sustantivos, porque también está presente tanto en los procedimientos electorales y parlamentarios que concretan el acceso, la permanencia y el desempeño efectivo del cargo representativo. Tampoco que en el Perú no se encuentren reconocidos los derechos sustantivos pues sí están en lo mínimo necesario para motivar una protección procesal indirecta de los mismos.

Del trabajo de investigación aparece una reflexión para el diálogo y la comunicación de los tribunales que no puede ser otro que la búsqueda en el futuro de un equilibrio entre los componentes sustantivos y procesales para la protección conjunta de los derechos en cuestión destinados a su mejor realización práctica y efectiva como lo hacen la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo, porque comprometen los principios y valores fundamentales del Estado democrático de Derecho. Además, estos parámetros jurídicos de protección deben reordenarse para evitar el problema de la politización de la justicia a ámbitos que impidan el control político del Parlamento, en especial frente a actos de corrupción gubernamental que requieren investigación parlamentaria.

Para concluir esta parte introductoria, agradezco a los directores de la tesis los profesores Javier García Roca y César Landa Arroyo por la asesoría y colaboración brindada para llevar cabo la investigación, así como el apoyo de los profesores del Departamento de Derecho Constitucional y del Instituto de Derecho Parlamentario de la Universidad Complutense de Madrid, sin los cuales no hubiera sido posible.

CAPÍTULO I: FUNDAMENTACIÓN CULTURAL.-

1.- Teoría cultural de la Constitución.-

Las normas constitucionales que reconocen los derechos fundamentales de los ciudadanos son fórmulas abiertas que incorporan un sistema cultural de *valores materiales*, de carácter universal y alcance global, que dan legitimidad al Estado democrático-representativo y plural de Derecho, y que hacen que la Constitución, basada en los derechos fundamentales de los ciudadanos y el control del poder del Estado, tenga *eficacia integradora* alrededor de estos valores compartidos por los ciudadanos reunidos en vida social¹.

En este sentido, los principios y bienes objetivos y materiales de (i) la participación ciudadana, (ii) la representación política y (iii) la oposición parlamentaria afirman y fundamentan como soporte cultural² la configuración constitucional de los derechos fundamentales de los parlamentarios³. Estos valores fundan la vinculación de este tipo de derechos políticos para los poderes públicos: órganos electorales, mayorías parlamentarias y gobierno, en todo tipo de procedimientos referidos a estos derechos, y la tutela procesal por

¹ SMEND, Rudolf: *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 62-64, 168, 198 y 230-233; HESSE, Konrad, "La fuerza normativa de la Constitución", en HESSE, Konrad: *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 82 y 85-86; HÄBERLE, Peter: *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 30-31 y 34-37; LUCAS VERDÚ, Pablo: *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 78-84 y 260-262; y, GARCÍA ROCA, Javier, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y BUSTOS GISBERT: Rafael: "La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo", en GARCÍA ROCA, Javier, FERNÁNDEZ, Pablo Antonio, SANTOLAYA, Pablo y CANOSA, Raúl (Eds.): *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2012, p. 71.

² RUBIO LLORENTE, Francisco: "La representación política", en RUBIO LLORENTE, Francisco: *La forma de poder Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, Vol. II, pp. 612-642; DE VEGA, Pedro: "Significado constitucional de la representación política", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 44, Marzo-Abril 1985, pp. 26-36; y, GARRORENA MORALES, Angel: *Representación política y Constitución democrática*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 23-79.

³ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 56-57; TORRES MURO, Ignacio: "Los derechos de los parlamentarios", en *Revista de Derecho Político*, N° 44, 1998, pp. 259-261, y "La disciplina parlamentaria ante el Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 28, Enero-Abril 1990, pp. 219-221; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: *El mandato parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1991, p. 35; PRESNO LINERA, Miguel Ángel: *El derecho de voto*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 106; y, ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados y senadores (La prohibición de mandato imperativo frente a la disciplina de partido)*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2005, p. 58.

los jueces en el supuesto de infracción, así como su eficacia frente a privados: partidos políticos, grupos parlamentarios y de presión, y particulares.

No son suficientes las meras declaraciones normativas aisladas por sí solas⁴, tampoco las acciones de los detentadores del poder y grupos de presión⁵ para determinar unilateralmente el contenido de estos derechos, porque la comprensión cultural de estos principios y bienes objetivos y materiales contribuye a dotarlos de significado sustancial y de efectividad real y práctica. Una vez comprendidos así se integran todos aquellos elementos reales y normativos, personales, sociales y estatales, necesarios para llevar a cabo el proceso vital y dinámico destinado a su actualización y realización permanente en la comunidad, no quedando en fórmulas vacías o vaciables por los poderes públicos.

Sin la comprensión cultural de los principios y bienes que actúa como soporte de los derechos de los parlamentarios, se niega el carácter fundamental de estos derechos y se vacía el contenido de las normas constitucionales que los reconocen, considerándose como atribuciones funcionales⁶ y relegándose al nivel de los reglamentos parlamentarios⁷. Así, esto se produce si se pretenden extraer directamente del principio de dignidad humana sin comprender el significado de la participación ciudadana, si se alega la prohibición de mandato imperativo rompiendo la relación de representación política entre electores y representantes, y si se priva a la oposición política de la posibilidad real y efectiva de ejercer sus potestades y facultades entregándolas a los órganos parlamentarios dominados por las mayorías parlamentarias⁸.

⁴ Kelsen, Hans: *Teoría pura del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986, pp. 15 y 83.

⁵ LASALLE, Ferdinand: *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Editorial Ariel, 1997, pp. 84-92, 99 y 101.

⁶ DELGADO-GUEMBES, César: *Manual del Parlamento Introducción al estudio del Congreso Peruano*, Lima, Congreso de la República, 2002, pp. 248-252.

⁷ CANO BUESO, Juan y MORALES ARROYO, José María: *El Parlamento de Andalucía Estructura y organización*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 12-25.

⁸ BIGLINO CAMPOS, Paloma: "Las facultades de los parlamentarios ¿son derechos fundamentales?", en *Revista de Cortes Generales*, N° 30, Tercer Cuatrimestre de 1993, pp. 88-92; CANO BUESO, Juan: *El "derecho de acceso a la documentación" de los diputados en el ordenamiento parlamentario español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, pp. 70-74; JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "Sobre los derechos fundamentales de los parlamentarios", en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997, pp. 219-231; y, SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando: *Derecho Parlamentario Español*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 85-87.

La participación ciudadana, la representación política y la oposición parlamentaria actúan como manifestaciones interactivas y reflejas entre sí⁹ en un haz de múltiples relaciones constitucional-jurídico-políticas en tensión, con diversos sujetos privados, colectivos y poderes públicos¹⁰ en la forma del Estado democrático-representativo y plural de Derecho.

La participación política supone la facultad de todo ciudadano de intervenir en el proceso de adopción de las decisiones políticas de la comunidad referentes a los asuntos públicos, abriendo la composición de los órganos del Estado y la formación de la voluntad de los mismos, a la participación de los ciudadanos por sí mismos o mediante la actuación de los representantes libremente elegidos por ellos¹¹.

Así, la representación política es el instrumento de mediación que a través de la actuación de las personas concretas de los representantes garantiza la plena efectividad de la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad del Estado¹²: La participación política no se limita ni agota en el acto de votar¹³ sino que se proyecta durante el período del mandato para el que han sido elegidos¹⁴. De este modo, se articula una relación de representación que une a los representantes y los representados, por la que se autoriza o legitima a cada representante a actuar en lugar y en el interés de los representados para construir y formar democráticamente la voluntad estatal y adoptar las decisiones referentes a los asuntos públicos¹⁵.

⁹ CAAMAÑO, Francisco: "Mandato parlamentario y derechos fundamentales (Notas para una teoría de la representación "constitucionalmente adecuada")", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 36, Septiembre-Diciembre 1992, p. 134.

¹⁰ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: *El mandato parlamentario* op. cit., pp. 67-96.

¹¹ CAAMAÑO, Francisco: "Mandato parlamentario y derechos fundamentales ..." op. cit., p. 138; PULIDO QUECEDO, Manuel: *El acceso a los cargos y funciones públicas (Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución)*, Madrid, Parlamento de Navarra-Civitas, 1992, pp. 54-55; y, FOSSAS ESPADALER, Enric: *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 54.

¹² Idem, pp. 135-136; FOSSAS ESPADALER, Enric: *El derecho de acceso a los cargos públicos*, op. cit., p. 72; MARTÍN NÚÑEZ, Esther: *El régimen constitucional del cargo público representativo*, Barcelona, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, 1996, p. 97; ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: *Representación política y derecho fundamental*, Madrid, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 153; y, ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados ...* op. cit., p. 58.

¹³ PRESNO LINERA, Miguel Ángel: *El derecho de voto* op. cit., p. 113.

¹⁴ PULIDO QUECEDO, Manuel: *El acceso a los cargos y funciones públicas ...* op. cit., p. 338.

¹⁵ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos ...* op. cit., pp. 56-57; y, GARCÍA ROCA, Javier: "Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato", en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y

En tal sentido, los parlamentarios individualmente considerados y las minorías de oposición política, como representantes mediadores de la participación ciudadana, deben contar con un conjunto de atribuciones y facultades propias del cargo público representativo que desempeñan, para contribuir a hacerla efectiva, formar la voluntad estatal y efectuar el control político del Gobierno, sin que éstas puedan ser obstaculizadas ni suprimidas por los abusos que pudieran cometer los órganos parlamentarios, las mayorías y los grupos políticos de los que forman parte, en el marco del Estado democrático-representativo y plural¹⁶.

Aquí, uno de los papeles relevantes que tienen los tribunales es la de actuar como árbitros del procedimiento democrático, favoreciendo la participación ciudadana, reforzando la representación política y protegiendo a las minorías frente a las discriminaciones, en el marco de una comunidad abierta y plural de ciudadanos y de intérpretes constitucionales¹⁷. A tal fin, los jueces deben velar por la regularidad del procedimiento democrático-representativo, limpiando los canales de participación y del cambio político, manteniendo abierto el proceso comunicativo y corrigiendo las discriminaciones en contra de las minorías¹⁸.

No se trata de limitar el control judicial a estos casos, pues hay otros valores que requieren tutela y tienen que ser protegidos, sino que hay lugar a un mayor nivel de sospecha y a un control más atento y riguroso cuando una ley o un acto estatal afecta a un derecho de participación política o a los intereses de grupos minoritarios que tienen dificultades para

CORONA FERRERO, Jesús Ma. (Dirs.): *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, pp. 55-56.

¹⁶ TORRES MURO, Ignacio: "Los derechos de los parlamentarios" op. cit., pp. 259-261, y "La disciplina parlamentaria ante el Tribunal Constitucional" op. cit., pp. 219-221; CAAMAÑO, Francisco: "Mandato parlamentario y derechos fundamentales ..." op. cit., p. 138; MARTÍN NÚÑEZ, Esther: *El régimen constitucional del cargo público representativo* op. cit., pp. 99-100; ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: *Representación política y derecho fundamental* op. cit., pp. 187-188; y, ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados ...* op. cit., p. 59.

¹⁷ ELY, John Hart: *Democracia y desconfianza Una teoría del control constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes Facultad de Derecho-Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 97-131; HÄBERLE, Peter: *Pluralismo y Constitución Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 86-94; HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 337-340; y, GARGARELLA, Roberto: *La justicia frente al Gobierno Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Editorial Ariel, 1996, pp. 149-172.

¹⁸ Idem, pp. 133-204.

interactuar con otros en la sociedad y en la política¹⁹, siendo posible presumir la inconstitucionalidad de la ley o el acto si las mayorías tienen intereses particulares para actuar parcializadamente a su favor²⁰.

La articulación del sufragio como el canal de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y el enlace entre la sociedad y el Estado, otorga a la representación política una dimensión procesal-legitimadora que se residencia institucionalmente en el Parlamento, que como foro de libre discusión escenifica el debate político existente en la sociedad civil, que ha elegido a sus representantes como miembros de la asamblea y que son responsables políticos ante el pueblo²¹. Puede decirse que el mandato parlamentario como técnica jurídica para la participación indirecta de los ciudadanos en los asuntos públicos, se convierte en un instrumento institucionalizado para la representación política de los ciudadanos en tales asuntos²².

El carácter democrático-representativo y plural del Estado de Derecho significa que a través de la participación ciudadana y la representación política, los ciudadanos y las minorías prolongan de forma mediata su derecho de participación política a través de los representantes individuales que designan en la elecciones, con los que instauran la relación de representación entre los parlamentarios y los representados después de las elecciones²³.

Además, la apertura cultural no queda reducida al ámbito nacional de un Estado, ni sólo al sistema internacional regional al que pertenece, sino que la utilización del método comparativo-constitucional aplicado a los principios culturales y derechos fundamentales de vocación universal y alcance global, incorpora el análisis multinivel de los demás sistemas nacionales e internacionales en un escenario de pluralismo constitucional. Una vez constatada la similitud de las normas nacionales e internacionales y los elementos comunes, basadas en estos principios y derechos, permite la recepción de las soluciones interpretativas

¹⁹ FERRERES COMELLA, Víctor: *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 62-63.

²⁰ Idem, pp. 244- 250.

²¹ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: *El mandato parlamentario* op. cit., p. 35.

²² Idem, p. 27.

²³ CAAMAÑO, Francisco: "Mandato parlamentario y derechos fundamentales ..." op. cit., p. 138; ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: *Representación política y derecho fundamental* op. cit., pp. 187-188; y, ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados ...* op. cit., pp. 58-59.

de las altas cortes de otros países y sistemas regionales, en vía de comunicación y diálogo jurisprudencial en red constitucional²⁴.

Ello abre las posibilidades de diversos tipos de diálogo entre España y Europa con Perú y América, y de un desarrollo comparativo, no homogéneo, aunque con tendencia a ello, ciertamente más próximo por la interacción recíproca, la difusión y migración de las ideas y la disposición de recibir los aportes de uno al otro. Un diálogo vertical y obligatorio entre el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y entre el Tribunal Constitucional del Perú con la Corte Interamericana. Un diálogo horizontal pero libre o facultativo entre las Cortes Internacionales, y entre los Tribunales Constitucionales, en pie de igualdad, respectivamente²⁵.

Las fórmulas normativas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Constitución Española y la Constitución Política del Perú presentan, como parámetros de enjuiciamiento, un marco textual básico común que auspicia la comparación de los sistemas nacionales e internacionales, y la comunicación y diálogo entre las altas cortes que los presiden²⁶. La insuficiencia de los textos constitucionales, abiertos a la interpretación, la influencia del Derecho Español en Iberoamérica, y la pertenencia a una misma área lingüística y cultural intensifican la comunicación y el diálogo jurisprudencial entre Perú y España²⁷.

²⁴ HÄBERLE, Peter: *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura* op. cit., pp. 52-53; GARCÍA ROCA, Javier: "El desarrollo de la comparación jurídica como ciencia y como materia en la enseñanza en España", en *Revista General de Derecho Público Comparado*, N° 14, Enero 2014, pp. 13-14; DE VERGOTTINI, Giuseppe: *Más allá del diálogo entre tribunales Comparación y relación entre jurisdicciones*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, pp. 188-205; SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 205-206, 222-223 y 231; y, BUSTOS GISBERT, Rafael: *La Constitución red: Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Bilbao, Oñati, 2005, pp. 121-205.

²⁵ DE VERGOTTINI, Giuseppe: *Más allá del diálogo entre tribunales ...* op. cit., pp. 39-55 y 86-87. De Vergottini precisa que, a diferencia del diálogo vertical en el que la jurisprudencia de los tribunales supranacionales tiene alcance vinculante para los tribunales estatales, en el diálogo horizontal la jurisprudencia extranjera no tiene alcance vinculante y los tribunales estatales son autosuficientes respecto de cualquier tribunal de otro Estado y tienen libertad en la búsqueda del derecho aplicable y del razonamiento jurídico. Ver además GARCÍA ROCA, Javier, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y BUSTOS GISBERT, Rafael: "La comunicación entre ambos sistemas ..." op. cit., pp. 76-78.

²⁶ GARCÍA ROCA, Javier, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y BUSTOS GISBERT, Rafael: "La comunicación entre ambos sistemas ..." op. cit., p. 79.

²⁷ DE VERGOTTINI, Giuseppe: *Más allá del diálogo entre tribunales ...* op. cit., pp. 189-190, 194-195 y 197-198.

El régimen presidencialista que tiene el Perú y los países latinoamericanos no constituye un obstáculo para la comparación y el diálogo jurisprudencial con el régimen parlamentario de España y Europa, porque ambos sistemas políticos se sustentan en la forma del Estado Constitucional y la división de poderes, en el que el control constitucional del poder político es un elemento inherente al mismo²⁸, y los medios de control político propios del parlamentarismo han sido incorporados en el presidencialismo para fiscalizar la acción del Gobierno, lo que nos permite hablar del fenómeno de la parlamentarización del presidencialismo como un sistema híbrido en Latinoamérica, con diversas variantes nacionales e intensidades distintas²⁹.

En ambos regímenes, la tendencia universal es que los aparatos ejecutivos concentren más atribuciones y mayor poder gubernamental, en desmedro de lo que puedan hacer los órganos parlamentarios³⁰. Por ello, desde otra perspectiva, los regímenes presidencialistas, como los parlamentarios, se pueden clasificar en dos tipos: mayoritarios y pluralistas. En los regímenes mayoritarios, el que gana gobierna y puede hacerlo de forma exclusiva con supremacía presidencial, y en los sistemas pluralistas, el que gana comparte el triunfo con otros, el poder está repartido en una red de instituciones como el Parlamento, y se requieren procesos de coordinación para elaborar consensos³¹.

Por una parte, la Constitución Española reconoce en el artículo 23.1 el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio

²⁸ LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1986, pp. 149-153; GARCÍA ROCA, Javier: “El principio de la división de poderes”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 108, Abril-Junio 2000, pp. 44-45; y, ARAGÓN REYES, Manuel: “Sistema parlamentario, sistema presidencialista y dinámica entre los poderes del Estado. Análisis comparado”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y control del Gobierno V Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1998, pp. 30 y 36.

²⁹ GARCÍA ROCA, Javier: “Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 38, Año 2016, pp. 76-77; VALADÉS, Diego: *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, Arequipa, Adrus-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional Sección Peruana, 2009, pp. 45-47 y 94-99; y, KRSTICEVIC, Viviana: “Presidencialismo en América Latina”, en NINO, Carlos Santiago, GARGARELLA, Roberto, RODRÍGUEZ, Marcela Virginia, KRSTICEVIC, Viviana, LERER, Adrian, SABSAY, Daniel Alberto, DE RIZ, Liliana y SMULOVITZ, Catalina: *El presidencialismo puesto a prueba –Con especial referencia al sistema presidencialista latinoamericano–*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 137-147.

³⁰ LANZARO, Jorge: “Presidencialismo con partidos y sin partidos. El presidencialismo en América Latina: debates teóricos y evolución histórica”, en LANZARO, Jorge (Ed.): *Presidencialismo y parlamentarismo América Latina y Europa Meridional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 29-30.

³¹ Idem, pp. 23-24.

de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal; asimismo, el artículo 23.2 el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. La interpretación del Tribunal Constitucional Español ha sido valiosa para formar el contenido constitucional de los derechos reconocidos por el artículo 23.2: (i) el acceso y (ii) la permanencia en el cargo, y (iii) el ejercicio y desempeño efectivo de las facultades del *ius in officium*; y, para, con ellos, enfrentar y vencer la inmunidad jurisdiccional de los *interna corporis acta* del Parlamento.

Sin embargo, un sector doctrinal ha negado la construcción jurisprudencial y sostiene que deben quedar al nivel de meras atribuciones reguladas por los reglamentos parlamentarios³², y el propio Tribunal declina la tutela jurisdiccional frente a los actos del gobierno por considerarlos políticos no justiciables³³, y cuando se producen modificaciones reglamentarias por las cámaras en base a su autonomía y libertad de configuración³⁴.

Por otro lado, la Constitución Política del Perú en el artículo 31, párrafo primero, reconoce los derechos de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, y a ser elegidos y elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. El Tribunal Constitucional del Perú ha desarrollado escasamente las normas constitucionales, y menos aún la fórmula de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁵, casi idéntica a la española. Tampoco ha seguido la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Lo que sí ha hecho es recurrir a las garantías mínimas del debido proceso (Art. 139) extendiéndolos a los procedimientos parlamentarios en los que estén involucrados cualquier persona y los parlamentarios, para

³² BIGLINO CAMPOS, Paloma: “Las facultades de los parlamentarios ¿son derechos fundamentales?” op. cit., pp. 88-92; CANO BUESO, Juan: *El “derecho de acceso a la documentación” de los diputados ...* op. cit., pp. 70-74; JIMÉNEZ CAMPO, Javier: “Sobre los derechos fundamentales de los parlamentarios” op. cit., pp. 219-231; y, SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando: *Derecho Parlamentario Español* op. cit., pp. 85-87.

³³ STC 220/1991, de 25 de noviembre, F.J. 5.

³⁴ STC 36/2014, de 27 de febrero, F.J. 8.

³⁵ El artículo 23.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos declara que “todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

implementar su protección reforzada frente a actos parlamentarios que los vulneren y agravien.

Las fórmulas utilizadas por la Constitución Española y la Convención Americana de Derechos Humanos derivan de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que garantiza en el artículo 21, numerales 1 y 2, que “toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”, y “el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de sus país”³⁶. A su vez, la Declaración Universal fue influenciada por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia en 1789³⁷.

La interpretación de estas normas constitucionales, nacionales e internacionales, requieren una fundamentación y justificación en el sistema cultural de los principios y bienes objetivos y materiales antes expuestos, que dan legitimidad e integran el Estado democrático-representativo y plural de modo comparativo tanto en España como en Perú. Sin ellos, el reconocimiento formal de los derechos y libertades políticos queda a merced de su vaciamiento por parte de los poderes públicos y privados, sin tutela jurisdiccional, y, en consecuencia, se dejan a su falta de realización y vigencia real con repercusiones negativas sobre el Estado de Derecho.

No obstante ello, la fundamentalidad de estos principios y bienes constitucionales ha sido puesta en contradicho siendo polémicos desde sus orígenes, pasando por su desarrollo y llegando a la actualidad, pues se negó su existencia y posibilidades reales en el momento de génesis. Se han formulado acerca de ellos tesis opuestas y contradictorias entre sí, pero que

³⁶ GARCÍA ROCA, Javier, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y BUSTOS GISBERT: Rafael: “La comunicación entre ambos sistemas ...” op. cit., p. 71. Los autores afirman que la naturaleza de los derechos humanos positivados en los dos sistemas internacionales es homogénea y auspicia influencia recíproca y comparación, porque arrancan de un tronco común que no se detiene en las fronteras y emana de la dignidad de la persona humana como valor universal en ambos continentes de alcance global.

³⁷ El artículo VI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano expresa que “la ley es expresión de la voluntad de la comunidad. Todos los ciudadanos tienen derecho a colaborar en su formación, sea personalmente, sea por medio de sus representantes. Debe ser igual para todos, sea para proteger o para castigar. Siendo todos los ciudadanos iguales ante ella, todos son igualmente elegibles para todos los honores, colocaciones y empleos, conforme a sus distintas capacidades, sin ninguna otra distinción que la creada por sus virtudes y conocimientos”. Ver GARCÍA ROCA, Javier, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y BUSTOS GISBERT: Rafael: “La comunicación entre ambos sistemas ...” op. cit., p. 71.

en su contraste han contribuido a su evolución, y cuando finalmente son aceptados como elementos basilaes se recogen contenidos parciales que provocan confusiones, y a los que se acusa en tiempos de crisis de ser los responsables del desempeño negativo de las instituciones democráticas, generando una sensación de rechazo social.

Por ello, la tarea de cimentar los derechos fundamentales sobre la base de estos principios se presenta ciertamente atrevida y difícil. Pero no por eso debe renunciarse a ello, sino que el desafío estimula a estudiar los elementos más relevantes que permitan hacerlo mejor, sin pretender un desarrollo definitivo, que no ha sido posible en varios siglos y no debe esperarse que suceda, pues en el futuro se puede cuestionar y mejorar en aras de construir una sociedad mejor gobernada y representada, y por tanto más justa.

2.- Participación ciudadana.-

A diferencia de la función meramente legitimadora que tenía en la etapa liberal, en el sistema democrático, la posibilidad que tienen los individuos de participar en el ejercicio del poder sirve para canalizar las expectativas políticas de la comunidad hacia el Estado y pueda autodeterminarse y decidir el sentido de su orientación política³⁸. En este sistema, la participación se convierte en un derecho y un poder reconocido por el ordenamiento a los individuos para que intervengan en la voluntad estatal y en la formación de las normas jurídicas en las que se expresa³⁹, ya sea de manera directa o por medio de representantes elegidos libremente en elecciones periódicas por sufragio universal⁴⁰.

La participación no actúa sólo como derecho sino que se presenta como un principio o valor relevante para la sociedad y el Estado. Así, la participación política de los ciudadanos como derecho se ejerce y concluye con el acto de la elección, y allí nace como principio o valor que informa plural y democráticamente la posición del representante una vez elegido

³⁸ PRESNO LINERA, Miguel Ángel: *El derecho de voto* op. cit., p. 106.

³⁹ Idem, p. 107.

⁴⁰ Idem, p. 113; y, PRESNO, Miguel: "Fatiga del parlamentarismo y algunas propuestas para revitalizarlo", en Pinelli, Cesare y Presno, Miguel: *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, pp. 119-121; para el autor, la democracia por definición implica la participación de los ciudadanos en el gobierno de los asuntos públicos, y cuentan, para ello, tanto con instrumentos representativos como con impulsos inmediatos de la propia ciudadanía.

frente a los actos de poder del gobierno y la mayoría dado que instrumentaliza el derecho de los ciudadanos a estar representados en el proceso político⁴¹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado evolutivamente a partir del deber institucional a organizar elecciones libres, los derechos subjetivos de participación de los ciudadanos: el derecho al voto y el de presentarse como candidato, en condiciones que reflejen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo⁴². Para la Corte Interamericana, en la democracia representativa como elemento determinante del sistema de protección, los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos, y el derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas como los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política, para que puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán⁴³.

El Tribunal Constitucional de España ha interpretado que el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos se ejerce por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas, y ello evidencia que los representantes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar⁴⁴. Al estar conectados, la violación que resulta del acto de privar al representante de su función de representación, afecta al derecho del representante a ejercer su función y también simultáneamente al derecho de participación de todos los ciudadanos en su conjunto⁴⁵. Y el Tribunal Constitucional del Perú ha explicado que en la democracia representativa prevalente en la Constitución, el principio democrático se materializa a través de la participación política indirecta de la ciudadanía; es decir, mediante sus representantes libremente elegidos⁴⁶.

La ciudadanía como principio democrático de participación del ciudadano en la comunidad política, se construye sobre la base de la universalización del sufragio en el Estado democrático y social, y de la comprensión de los derechos políticos como participación del

⁴¹ CAAMAÑO, Francisco: "Mandato parlamentario y derechos fundamentales ..." op. cit., p. 138.

⁴² Sentencia de TEDH de 2 de marzo de 1987, asunto Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica, apar. 51-52.

⁴³ Sentencia de CIDH de 23 de junio de 2005, caso Yatama vs. Nicaragua, párrs. 192 y 198; y, de 6 de agosto de 2008, caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, párr. 141.

⁴⁴ STC 5/1983, de 4 de febrero, F.J. 4 a).

⁴⁵ STC 10/1983, de 21 de febrero, F.J. 2.

⁴⁶ Sentencia de TCP de 2 de febrero de 2006, Exp. N° 0030-2005-PI/TC, F.J. 23, Ley de Barrera Electoral.

ciudadano como miembro activo: *status civitatis activus* o *activae civitatis* y *status activus processualis*, en la formación de la voluntad política del Estado.

2.1.- Sufragio censitario vs. sufragio universal: mujeres, extranjeros y menores.-

La universalización del sufragio es un proceso *continuo*, no agotado con el fin del sufragio censitario y reconocer derechos políticos a los individuos de sexo masculino nacionales y mayores de edad, sino que ha proseguido con la inclusión política de las mujeres y la adopción de medidas para favorecer su acceso a los cargos de representación popular en un régimen de igualdad plena y material, y debe abarcar en un futuro inmediato el reconocimiento a todo ser humano de la facultad de participar en los asuntos de la comunidad que integra, como a los extranjeros residentes y a los que sin tener la edad mínima actualmente exigida, si les corresponde tomar este tipo de decisiones, en cuanto les afectan.

A.- Tesis negativa y positiva de la ciudadanía.-

Ideológicamente, negar a todos los miembros de la comunidad la capacidad de participar en los asuntos públicos comunes a ellos, forma parte de la teoría política de la soberanía de la razón que se impuso luego de la Revolución Francesa sobre la doctrina de la soberanía nacional⁴⁷, para lo que se establecieron ciertas condiciones especiales para atribuir la ciudadanía y los derechos políticos sólo a favor de aquéllos pocos que las tengan, excluyendo a todos los demás. Así, frente a la idea que la voluntad general es la voluntad constante de todos los miembros del Estado como ciudadanos libres⁴⁸, se postuló que el miembro del Estado debía tener un cierto grado de ilustración y ser capaz de conocer bien el interés común, para lo que además del nacimiento y la edad prescrita por la ley, la propiedad aseguraba el ocio indispensable para adquirir ilustración y rectitud de juicio necesarios para hacer que los hombres sean capaces de ejercer los derechos políticos, tanto para ser electores como para ser elegibles⁴⁹.

⁴⁷ ARCOS RAMÍREZ, Federico: "El sufragio universal", en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, DE ASÍS ROIG, Rafael y ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (Dirs.): *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2009, Tomo III: Siglo XIX, Volumen II, Libro I, p. 293.

⁴⁸ ROUSSEAU, Jean-Jaques: *El contrato social o principios de derecho político*, Madrid, Tecnos, 2014, p. 124.

⁴⁹ CONSTANT, Benjamín: "Principios de política", en Constant, Benjamín: *Escritos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 65-68.

Constant sostenía que si bien la clase trabajadora era tan patriota como otras por tener el valor necesario para morir por su país, no era capaz de conocer bien sus intereses, porque la indigencia la mantenía en dependencia eterna y condenada a trabajar todos los días, por lo que conocen tanto de los asuntos públicos como los niños, y como los extranjeros no tienen interés en la prosperidad nacional⁵⁰. De esta forma, la teoría de la soberanía de la razón exigía restringir los derechos de participación política y concebir el gobierno representativo como un medio para seleccionar las inteligencias y a los pocos ciudadanos capaces de actuar según la razón⁵¹. La representación no era otra cosa que el proceso natural por el que se extraía del seno de la sociedad la razón pública, que es la única que tiene derecho a gobernarla⁵².

La universalidad del sufragio acoge una tesis positiva de la ciudadanía como una condición esencial para el desarrollo del Estado democrático en tanto permite que todos los miembros de la comunidad tomen conocimiento de los problemas sociales y se instruyan mediante la educación sobre sus posibles soluciones cuando son llamados a intervenir en los actos que se relacionan con los intereses generales del país; precisamente, los trabajadores a través de la discusión política y la acción colectiva simpatizan con sus conciudadanos y se reconocen miembros partícipes de la comunidad⁵³.

En este sentido, el acceso del ciudadano a las instituciones políticas y su participación en la vida pública lo coloca en un espacio comunicativo y deliberativo que provoca su transformación intelectual y moral; por todo ello, en la democracia representativa, las instituciones políticas asumen una función educadora decisiva que alcanza su mayor grado a través de la mayor extensión posible del derecho al sufragio⁵⁴. Además, uno de los medios para impedir el abuso del gobierno y de la mayoría es extender el sufragio a los excluidos para que actúen como freno efectivo frente al ejercicio del poder, y la democracia tiene que

⁵⁰ Idem, pp. 65-66.

⁵¹ ARCOS RAMÍREZ, Federico: "El sufragio universal" op. cit., p. 293.

⁵² GUIZOT, Francois: *Historia de los orígenes del gobierno representativo en Europa*, Oviedo, KRK Ediciones, 2009, p. 671. Guizot afirmaba que se trataba de descubrir las ideas justas y voluntades legítimas dispersas en los individuos que componen la sociedad, repartidas desigualmente entre ellos por el desarrollo intelectual y moral que tenía cada uno, de concentrarlas, organizarlas y llamarlas al poder.

⁵³ STUART MILL, John: *Del Gobierno representativo*, Madrid, Tecnos, 2007, p. 158 y 160; para Stuart Mill, limitar y negar el sufragio implica que alguna porción de los ciudadanos sea despojada de su parte en la representación.

⁵⁴ ARCOS RAMÍREZ, Federico: "El sufragio universal" op. cit., p. 317.

ser organizada de modo que ningún grupo o clase así sea la más numerosa sea capaz de anular políticamente a todos los demás grupos y clases, y de dirigir la marcha de la administración según sus intereses particulares⁵⁵.

B.- El sufragio censitario.-

Históricamente, los ciudadanos no eran todos sino sólo una parte selecta de los miembros de la comunidad, negándose tal condición fundamental a la mayoría de ellos. Hoy, se reconoce, como principio fundamental del Estado democrático de Derecho, que todos los ciudadanos, sin que puedan ser discriminados por ningún motivo, tienen derecho a participar en la elección de sus representantes así como pueden ser elegidos para ocupar tales cargos. Pero, antes, en la época postrevolucionaria más inmediata, tal derecho se reservaba a algunas categorías de personas caracterizadas por la propiedad privada, excluyéndose del mismo a aquellos que carecían de ciertas cualidades especiales relacionadas con la clase social, los recursos económicos y la instrucción, a pesar que los ideales y declaraciones revolucionarias hacían presumir la extensión inmediata del sufragio a todos, sin excepción, para cumplir con el principio de la soberanía nacional⁵⁶.

Como fundamento propio de esta época, el principio de la capacidad se sustentaba en la concepción de la soberanía fundada en la razón antes vista, y en el carácter de función que tenía el sufragio para servir a la formación de la voluntad del Estado, plasmado por primera vez en la Constitución de Francia de 1791⁵⁷. Así, el fin del sistema representativo basado en la capacidad no era reglamentar una aritmética compleja de intereses y voluntades, sino el de recoger y concentrar toda la razón y verdad que existe dispersa en la sociedad y extraerla

⁵⁵ STUART MILL, John: *Del Gobierno representativo* op. cit., p. 158. Stuart Mill parte de la idea que “una Constitución no inspira confianza sino a condición de garantizar no que los depositarios del poder no harán mal uso de él, sino que no pueden hacer ese mal uso”.

⁵⁶ ARCOS RAMÍREZ, Federico: “El sufragio universal” op. cit., p. 295. El autor sostiene que el estudio del derecho al sufragio universal durante el siglo XIX se enfrenta a una realidad desconcertante: la de las solemnes declaraciones de derechos naturales e iguales para todos de finales del XVIII, coexistiendo impudicamente con un sufragio limitado a algunas categorías de individuos.

⁵⁷ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A.: “El derecho al sufragio”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, DE ASÍS ROIG, Rafael, ANSUÁTEGUI ROIG, Fco. Javier y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (Dirs.): *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2013, Tomo IV: Siglo XX, Volumen VI, Libro II, pp. 1308-1309.

para aplicarlas al gobierno⁵⁸. Precisamente, para elegir a sus representantes en el gobierno, si el elector ejerce una función y la capacidad política es una especie de competencia particular, el derecho al sufragio no se deriva de la mera autonomía del individuo sino que procede de las cualidades objetivas que pueda tener considerado en sí mismo⁵⁹.

Por ello, una de las consecuencias fundamentales de la teoría de la capacidad era la concepción del *ius suffragii* no como un derecho subjetivo sino como una función que requiere una cierta cualificación, pudiendo reconocerse sólo a los intelectualmente más capaces de participar en la cosa pública⁶⁰. La teoría del sufragio como función se relaciona con la idea de la soberanía nacional, en la que la Nación es un ente distinto de los ciudadanos que la componen porque encarna no sólo el presente, sino también el pasado y el futuro, y el sufragio tiene como función política expresar la voluntad de la misma, que debe ser manifestada por los ciudadanos más aptos o capaces para discernir el interés general ante la evidente imposibilidad que la Nación pueda actuar por sí misma⁶¹.

Para el liberalismo doctrinario, los intereses de la sociedad se debían poner de acuerdo con las instituciones políticas, estos intereses no eran ya los privilegios de la nobleza sino los de la masa de propietarios que integraban las nuevas clases medias, por lo que la propiedad era la mejor garantía del buen orden y la tranquilidad, y el censo como base del sistema representativo restringió el sufragio por la capacidad económica⁶². El sufragio censitario es una suerte de corrección de la soberanía nacional enunciada por la Constitución, porque es el que puede salvar a la Nación de la anarquía a la que fácilmente se desliza, si el poder cayera en manos de personas no inteligentes e incapaces de expresar su voluntad⁶³.

Los Parlamentos ingleses del siglo XIX, de composición oligárquica, adoptaron la creencia puritana interesada de que la riqueza aparejaba necesariamente honestidad y talento en el mandato parlamentario. En consecuencia, los parlamentarios oligárquicos una vez

⁵⁸ ROSANVALLON, Pierre: *La consagración del ciudadano Historia del sufragio universal en Francia*, México, Instituto Mora, 1999, p. 215; y, ARCOS RAMÍREZ, Federico: "El sufragio universal" op. cit., pp. 291-293.

⁵⁹ Idem, p. 215.

⁶⁰ ARCOS RAMÍREZ, Federico: "El sufragio universal" op. cit., p. 294.

⁶¹ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A.: "El derecho al sufragio" op. cit., pp. 1308-1309.

⁶² SÁNCHEZ AGESTA, Luis: *Historia del constitucionalismo español*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, p. 176.

⁶³ Idem, p. 178; y, PRESNO LINERA, Miguel A.: "El origen del Derecho Electoral Español", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 96, Septiembre-Diciembre 2012, p. 172.

elegidos no requerían ser retribuidos económicamente por el ejercicio del mandato representativo, apareciendo la gratuidad como elemento coherente con el sufragio censitario, y estableciéndose la concepción del mandato parlamentario como un servicio esencialmente gratuito⁶⁴. El sistema adoptado parte del supuesto de que los cargos deben ser honoríficos y que sólo procedería reembolsar los gastos que la función acarrea⁶⁵.

No obstante no había una retribución económica, se crearon formas encubiertas que buscaban compensar a los parlamentarios por el ejercicio de la función representativa. Las retribuciones más características de esta etapa no son dinerarias sino en especie, los diputados y senadores gozaron, casi desde la proclamación del axioma de la gratuidad, de unos beneficios *uti singuli* relativos a las comunicaciones, en forma de franquicias a cargo del Estado, como la postal, la telegráfica y luego la telefónica, así como también disponían de pases en las líneas de ferrocarril y vapores, y finalmente en materia de carruajes y vehículos⁶⁶. Inclusive, en un período posterior, el advenimiento de las retribuciones provenientes del presupuesto de las cámaras parlamenarias se produjo subrepticamente por indemnización de franquicia, para compensar ya dinerariamente los gastos por correspondencia postal cuando se suprimió la franquicia de la que disfrutaban⁶⁷.

C.- El sufragio universal.-

De los principios o condiciones básicas para el ejercicio del derecho de sufragio en el Estado democrático de Derecho, el principio de universalidad del sufragio tiene especial transcendencia al configurar el derecho y regular las elecciones, y consiste en el reconocimiento generalizado del derecho a elegir a sus representantes a favor de todos los integrantes de la comunidad política, con independencia de su sexo, raza, lengua, religión, profesión, fortuna o cualquier otra circunstancia semejante⁶⁸. Es decir, todos los miembros

⁶⁴ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso: "Artículo 71 Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias", en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Dir.): *Comentarios a las leyes políticas Constitución Española de 1978*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1989, T. VI, p. 378.

⁶⁵ PÉREZ SERRANO, Nicolás: *Tratado de Derecho Político*, Madrid, Civitas, 1984, p. 782.

⁶⁶ JIMÉNEZ APARICIO, Emilio: *Régimen jurídico de las retribuciones de los diputados y senadores*, Madrid, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 120.

⁶⁷ Idem, pp. 171 y 174.

⁶⁸ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A.: "El derecho al sufragio" op. cit., pp. 1314-1315. Para el autor, el principio de sufragio universal actúa como presupuesto, síntesis y límite, de todos los demás principios, y es que si el sufragio no es igual, libre, secreto y directo, difícilmente puede ser universal.

de la comunidad política, por el simple hecho de serlo, poseen el derecho de voto y pueden ejercerlo sin más limitaciones que las que determina la capacidad general de obrar⁶⁹.

Sin duda que la trascendencia del sufragio universal se explica en la gran importancia que tiene el reconocimiento del sufragio para la afirmación del Estado democrático, que exige la radicación popular de la soberanía y la participación del pueblo soberano en la dirección de los asuntos públicos. El reconocimiento universal y su ejercicio efectivo constituye el elemento más esencial de la configuración del Estado democrático pues difícilmente un Estado pueda reputarse como tal si el sufragio no es universal porque el mismo está restringido arbitrariamente, se reconozca de forma discriminatoria o se configure de tal forma que se impida su ejercicio⁷⁰.

Además, el sufragio universal se constituye en la piedra angular obligatoria sobre la que se asienta todo sistema político⁷¹, porque la igualdad frente a la urna electoral es la primera condición de la democracia, la forma más elemental de la igualdad y la base más indiscutible del derecho, por lo que el que todos los individuos, cualquiera que sean, tengan un peso idéntico en la decisión y en la legitimación del poder político, se ha convertido en un hecho evidente y una situación casi natural de la vida en sociedad⁷².

De esta manera, la historia del sufragio universal se encuentra enlazada con el advenimiento del individuo y la realización de la igualdad en las sociedades modernas⁷³, porque la igualdad política marca la entrada definitiva en el mundo de los individuos como un punto de no retorno, afirma un tipo de equivalencia de calidad entre todos los hombres que rompe las visiones tradicionales del cuerpo político, y que sólo puede formularse en el marco de una visión atomística y abstracta de la formación de los lazos sociales porque la

⁶⁹ Idem, p. 1315.

⁷⁰ Idem, pp. 1314-1315; y, ARCOS RAMÍREZ, Federico: "Los derechos de participación política", en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, DE ASÍS ROIG, Rafael, ANSUÁTEGUI ROIG, Fco. Javier y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (Dir.): *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2013, T. IV: Siglo XX, Volumen VI, Libro II, pp. 1255-1259.

⁷¹ ROSANVALLON, Pierre: *La consagración del ciudadano Historia del sufragio universal ... op. cit.*, p. 9.

⁷² Ibidem. Para Rosanvallon, a nadie se le ocurriría hoy negar la legitimidad del sufragio universal, a tal punto que los regímenes totalitarios o las dictaduras militares no lo rechazan abiertamente, y casi siempre prefieren manipularlo, no prohibirlo, y si suspenden su ejercicio, se apresuran a subrayar el carácter provisional de esta medida, proclamando con insistencia la intención de preparar el regreso a una expresión más libre y más auténtica del pueblo.

⁷³ Idem, p. 16.

igualdad política sólo puede concebirse en la perspectiva de un individualismo radical, contrariamente a otras formas sociales que se acomodan en una organización jerárquica⁷⁴.

Precisamente, el sufragio universal, junto con los derechos sociales, ha sido una de las conquistas de las luchas reivindicativas del movimiento obrero⁷⁵, porque condensa las aspiraciones de integración e igualdad social de los excluidos de la participación política, con la misma función de la proclamación de los derechos civiles: la lucha contra el antiguo régimen y la supresión de privilegios y discriminaciones, para lograr con él la unidad y la paz social⁷⁶.

En relación al sufragio censitario, la gratuidad del mandato parlamentario, coherente con el sistema oligárquico de representación, fue contradicha por las expectativas de acceso de la pequeña burguesía y del proletariado a un Parlamento democratizado, por lo que la historia de la retribución parlamentaria coincide con la historia del sufragio universal y del Estado democrático⁷⁷, porque al ser injusto prescindir de los ciudadanos más aptos por la desigualdad económica existente y privilegiar de hecho a los ricos, se varió del sistema gratuito al retributivo, abriéndose de esta manera la puerta del Parlamento a todos los que carecen de fortuna personal, mediante el pago de una retribución por el cumplimiento de la función representativa⁷⁸.

El pago de una retribución económica por la función representativa sirve como garantía de los derechos de los electores y de los parlamentarios. Por una parte, los electores pueden escoger con libertad a sus representantes aunque éstos carezcan de fortuna; y por otro lado, el desarrollo del trabajo parlamentario unido a la multiplicación y extensión de los períodos de sesiones han llevado a instituir el pago de una retribución destinada a garantizar

⁷⁴ Idem, p. 12.

⁷⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2010.

⁷⁶ ARCOS RAMÍREZ, Federico: "El sufragio universal" op. cit., p. 323.

⁷⁷ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso: "Artículo 71 Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias" op. cit., pp. 378-379; y, PEÑARANDA RAMOS, José Luis, "Artículo 71: La dimensión actual de las prerrogativas parlamentarias", en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1998, p. 385.

⁷⁸ PÉREZ SERRANO, Nicolás: *Tratado de Derecho Político*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 782-783. Para el autor, a la justicia de la remuneración contribuyen además otras consideraciones: la cada vez mayor duración de las sesiones y más intensa actividad parlamentaria, no pudiendo exigirse asiduidad ni esfuerzo sin proporcionar compensación, el parlamentario tiene que abandonar sus propias actividades para atender satisfactoriamente el cargo, el relieve de éste exige un cierto nivel de vida, etc.

a los parlamentarios unos medios de vida dignos, que ya no pueden obtener de su anterior ocupación, máxime si ambas resultan incompatibles⁷⁹.

En consecuencia, la naturaleza de la retribución ha cambiado gradualmente, pasando de ser un simple reembolso de gastos a convertirse en un sueldo pagado al parlamentario por el servicio que presta, asimilándose el mandato parlamentario a un verdadero oficio: la profesión parlamentaria. Esta conformación tiene inevitables repercusiones de orden fiscal porque el sueldo está sujeto a tributación, mientras que el reembolso estaba exento⁸⁰. No obstante, la configuración de la retribución no queda encasillada al beneficio personal y exclusivo del parlamentario, sino que tiene por fin asegurar un reclutamiento verdaderamente democrático del Parlamento y una garantía del ejercicio de la función, por lo que los parlamentarios no pueden renunciar a la retribución⁸¹.

No era posible otra solución, el Parlamento no puede estar integrado sólo por hombres de fortuna, sino que debe estar abierto también a todos aquellos cuyos medios económicos inferiores no les permitirían acceder a la investidura parlamentaria⁸². Así, se establece el pago de una retribución en la forma de sueldo periódico y fijo, directamente derivada del ejercicio de la función parlamentaria, desapareciendo cualquier nota compensatoria o de resarcimiento de gastos típica de épocas anteriores, y se trata además de una retribución de igual cuantía para todos los diputados, sin distinción alguna ni por el lugar de su residencia⁸³.

D.- El sufragio universal: la mujer.-

La universalización del sufragio en los términos generalmente conocidos reconoció el derecho de participación política a favor sólo de las personas de sexo masculino, excluyendo del proceso político a las mujeres y al margen de los derechos al voto y a ser elegidas para ocupar cargos públicos. Esto quiere decir que con el sufragio universal desaparecen las condiciones restrictivas que impedían a todos los hombres que pudieran votar, y nace un derecho de acceso para ellos, más no así para las mujeres no incluidas en la

⁷⁹ RECODER DE CASSO, Emilio: "Artículo 71", en Garrido Falla, Fernando: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 2001, p. 1192.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Idem, p. 1193.

⁸² JIMÉNEZ APARICIO, Emilio: *Régimen jurídico de las retribuciones ... op. cit.*, p. 204.

⁸³ Idem, p. 203.

universalidad de los derechos⁸⁴, por la prevalencia del principio de jerarquía sexual configurado como principio de organización social a favor de la colectividad masculina⁸⁵.

Por ello, en realidad, no se puede considerar que el proceso de universalización del sufragio haya culminado y agotado con el reconocimiento a todos los ciudadanos de sexo masculino con una edad mínima determinada, siendo la inclusión política de las mujeres el movimiento más visible y masivo de universalización del derecho al sufragio, lo que no puede separarse del proceso histórico más amplio que tiende a erigir a cada ser humano como sujeto político soberano⁸⁶.

De la universalización tardía del sufragio a favor de la mujer, unido a otros factores, aparece una situación de desigualdad de hecho en el ejercicio del poder y la representación política derivada de los procesos electorales, en relación a la posición preponderante que obtienen los hombres. Surge así la necesidad de establecer determinadas medidas que tengan por objeto favorecer y promover una participación más igualitaria y equilibrada de ambos sexos en el acceso a los cargos públicos representativos, es decir la paridad entre mujeres y hombres en las instituciones representativas a través de las acciones positivas como instrumentos para tales fines⁸⁷.

En el contexto actual, las medidas paritarias para conseguir la igualdad real surgen como una necesidad de compensación histórica de la desigualdad⁸⁸ y por la responsabilidad que tiene el Estado por no haber constitucionalizado a las mujeres como sujetos jurídico-políticos de la sociedad⁸⁹. Así, hoy, en el Estado social y democrático de Derecho, los poderes públicos están constitucionalmente obligados a la consecución de la igualdad como objetivo

⁸⁴ SEVILLA MERINO, Julia: *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Valencia, Universitat de València, 2004, pp. 29-30.

⁸⁵ ESQUEMBRE VALDÉS, Ma. del Mar: "Ciudadanía y género. Una reconstrucción de la triada de derechos fundamentales", en MONEREO ATIENZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis (Dirs. y Coords.): *Género y derechos fundamentales*, Granada, Comares, 2010, p. 156.

⁸⁶ ROSANVALLON, Pierre: *La consagración del ciudadano Historia del sufragio universal ... op. cit.*, p. 378.

⁸⁷ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio: *Democracia equilibrada versus democracia representativa*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2012, p. 97. Para el autor, las acciones positivas quedan subsumidas en torno a la concepción más amplia de la democracia paritaria (p. 79).

⁸⁸ BALAGUER, María Luisa: *Mujer y Constitución La construcción jurídica del género*, Madrid, Ediciones Cátedra-Universitat de València, 2005, p. 106.

⁸⁹ TORRES DÍAZ, María Concepción: *Las otras Género, sujetos e igualdad en la ley integral*, Alicante, Universidad de Alicante, 2009, pp. 66-78. Para la autora, la no constitucionalización ha favorecido y naturalizado, con visos de legalidad, las situaciones de desigualdad, dominación y subordinación.

teleológico incumbente al Estado, y se les puede exigir medidas para la consecución de esa igualdad a diferencia de la exigencia menor que tiene la iniciativa de los privados⁹⁰.

De las tres formas que adoptan los poderes públicos para el desarrollo de la igualdad: uno (*i*), las acciones positivas, dos (*ii*), las acciones de discriminación positiva, y tres (*iii*), las acciones de discriminación inversa⁹¹; las cuotas electorales o de paridad política son las medidas más intensas de discriminación inversa que exigen a los poderes públicos invertir la situación de desigualdad real, reservando un porcentaje de las candidaturas a las mujeres, con la finalidad de nivelar o reducir progresivamente la discriminación, a pesar de ser cuestionadas por comprometer otros principios o derechos constitucionales⁹².

Sin dejar de advertir la repercusión que tienen sobre el concepto nacional de la representación política y la prohibición del mandato imperativo en tanto no se puede dividir y los representantes elegidos no están sujetos a las instrucciones de ciertas categorías sociales⁹³, los Estados han incorporado, vía reformas constitucionales y legislativas, la obligatoriedad que las listas de candidatos contengan un porcentaje de presencia femenina.

Así, en España, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, dispuso que las listas de candidatos para las elecciones de los diputados del Congreso y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deben tener una composición equilibrada de mujeres y hombres con el 40% como mínimo de uno de los sexos⁹⁴. Y en el Perú a través de diversas leyes modificatorias como la Ley N° 27387 se establece que las listas de candidatos para las elecciones al Congreso en cada distrito electoral deben incluir un número menor del 30% de mujeres y varones, la Ley N° 29470 introduce el mismo porcentaje de las listas en el ámbito

⁹⁰ BALAGUER, María Luisa: *Mujer y Constitución La construcción jurídica del género* op. cit., pp. 105-106.

⁹¹ Idem, pp. 108-113.

⁹² Idem, pp. 108 y 110-111.

⁹³ TORRES MURO, Ignacio: "Nuevas cuestiones del derecho de sufragio pasivo", en PASCUA MATEO, Fabio (Dir.): *Estado Democrático y elecciones libres: Cuestiones fundamentales de Derecho Electoral*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pp. 168-170.

⁹⁴ STC 12/2008, de 29 de enero. El Tribunal Constitucional Español desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario Popular contra dicha ley. Ver además STC 40/2011, de 31 de marzo. El Tribunal desestimó igualmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 61 diputados contra la Ley del Parlamento de Andalucía 5/2005, de 8 de abril, que dispuso que las listas de candidatos deben contener alternativamente hombres y mujeres, ocupando los de un sexo los puestos impares y los del otro los pares, quedando los porcentajes 50-50% (listas cremalleras).

de los Consejos Regionales, y la Ley N° 28869 lo contempla en el de los Concejos Municipales.

De esta manera, se afirma que toda vez que la paridad de mujeres y hombres en el reparto de poder es la expresión de la universalidad del sufragio porque toda persona es mujer o varón, y no es posible la discriminación⁹⁵, la incorporación de la paridad tanto en la Constitución como en los Estatutos de Autonomía son imprescindibles para hacer visible en el Estado democrático la mixtura de la especie humana y la celebración de un nuevo contrato social entre mujeres y hombres⁹⁶. De allí se propone la aplicación del método de las listas cremalleras, con sorteo, en las elecciones al Congreso de los Diputados y de los Parlamentos Autonómicos para consolidar la presencia de las mujeres y alcanzar la máxima igualdad en la representación de los hombres y las mujeres en los órganos representativos de elección popular del Estado⁹⁷.

E.- El sufragio universal: el extranjero residente y la rebaja de la mayoría de edad.-

La universalización del sufragio como proceso *integrador y evolutivo* en la humanización del poder político tiene aún etapas pendientes en la medida que debe continuar extendiendo el derecho de participación política a grupos y minorías sociales que se incorporan a la comunidad del Estado, pero que están actualmente marginados de decidir o influir en la toma de decisiones que se adoptan a pesar que están dirigidos a ellos y están obligados a respetar y cumplir.

⁹⁵ MARTÍNEZ SAMPERE, Eva: "Hacia la plena ciudadanía", en FREIXES SANJUÁN, Teresa y SEVILLA MERINO, Julia (Coords.): *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, p. 52.

⁹⁶ Idem. La autora afirma que la legitimidad de la democracia paritaria está en la "mixitud" de la especie humana integrada por mujeres y hombres que deben compartir el poder porque poseen la misma dignidad humana, son iguales en derechos y tienen una experiencia social diferenciada, que se debe tener en cuenta para organizar bien la sociedad democrática.

⁹⁷ LÓPEZ, A., RÁMIREZ, V., y RUIZ TARRÍAS, S.: "Igualdad y representación. Una propuesta para conseguir una mayor "presencia o composición equilibrada" entre géneros a través de la legislación electoral", en MONEREO ATIENZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis (Dirs. y Coords): *Género y derechos fundamentales*, en Granada, Comares, 2010, pp. 338-343.

Si bien la nacionalidad es el criterio principal para el acceso a la ciudadanía y gozar del derecho de sufragio⁹⁸ en un modelo de democracia de identidad⁹⁹, la comunidad política no puede seguir organizándose a partir de la reconducción del *demos* ciudadano sobre la base al *ethnos* nacional, sino desde la concepción del patriotismo constitucional¹⁰⁰, entendido como el sentimiento de pertenencia de los ciudadanos a una comunidad asentado sobre la adhesión de ellos a los valores y derechos reconocidos por la Constitución¹⁰¹, y en la práctica de los ciudadanos que ejercen activamente sus derechos de comunicación y participación política¹⁰².

Esto obliga a democratizar el acceso de los extranjeros a la nacionalidad y a que los extranjeros residentes puedan ejercer con plenitud el derecho al sufragio¹⁰³, por lo que los textos constitucionales están llamados a superar en el futuro la identificación entre nacional y ciudadano por la vía de la extensión generalizada del sufragio a los residentes en el país¹⁰⁴. A diferencia de la democracia de identidad, en el modelo de democracia de afectación, lo trascendente no es la pertenencia a un sujeto colectivo nacionalmente identificado, sino que el individuo por la mera residencia y sujeción a las decisiones del poder, debe poder participar aunque sea indirectamente mediante la elección libre de sus representantes, lo que impide

⁹⁸ ALÁEZ CORRAL, Benito: *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quién pertenece la Constitución?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional, 2006, pp. 283-285.

⁹⁹ ALÁEZ CORRAL, Benito: "Exclusión del sufragio municipal emigrante y garantía democrática de expectativas legítimas", en MATIA PORTILLA, Francisco Javier (Dir.): *Pluralidad de ciudadanía, nuevos derechos y participación democrática*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 39-40. El autor explica los dos modelos de democracia, que pueden ser combinados: uno (i), el de la democracia de identidad, que reconduce el ejercicio del poder a un sujeto colectivo nacionalmente identificado: el pueblo español, alemán, francés, etc.; y dos (ii), el de la democracia de afectación, que tiene en cuenta la afectación territorial de los individuos por el poder público como determinante para el reconocimiento de derechos de participación política.

¹⁰⁰ PRESNO, Miguel: "Fatiga del parlamentarismo y algunas propuestas ..." op. cit., p. 59; y, HABERMAS, Jürgen: "Ciudadanía e identidad nacional", en HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2008, p. 623. Para Habermas, si bien el Estado nacional fundó transitoriamente una estrecha conexión entre *ethnos* y *demos*, pero conceptualmente la ciudadanía fue desde siempre independiente de la identidad nacional.

¹⁰¹ PRESNO, Miguel: "Fatiga del parlamentarismo y algunas propuestas ..." op. cit., p. 59.

¹⁰² HABERMAS, Jürgen: "Ciudadanía e identidad nacional" op. cit., p. 622. Para Habermas, los derechos de participación y comunicación políticas constituyen el núcleo de la ciudadanía (p. 625). Ver además PRESNO, Miguel: "Fatiga del parlamentarismo y algunas propuestas ..." op. cit., p. 59.

¹⁰³ PRESNO, Miguel: "Fatiga del parlamentarismo y algunas propuestas ..." op. cit., p. 63.

¹⁰⁴ SANTOLAYA, Pablo y DÍAZ CREGO, María: *El sufragio de los extranjeros Un estudio de Derecho comparado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 12-13.

que sea democrática la exclusión de los extranjeros inmigrantes del sufragio cuando las decisiones políticas adoptadas los afectan únicamente por tener la calidad de residentes¹⁰⁵.

Así también, el *ius domicili* se torna insuficiente en la medida en que el ordenamiento estatal, aún siendo eminentemente territorial, no cubre los supuestos de contacto territorial no continuado del extranjero, y se buscan nuevos y más amplios espacios de aplicación extraterritorial de modo unilateral o por la vía de la cooperación internacional¹⁰⁶.

A solucionar ello no contribuye la exigencia de reciprocidad entre los Estados porque primero (i), es atípica e impensable en relación a otros derechos fundamentales como la vida, la libertad religiosa o la tutela judicial efectiva¹⁰⁷, y segundo (ii), dificulta la puesta en funcionamiento de la integración para importantes colectivos procedentes de países en los que, en sentido estricto no es posible la reciprocidad, por tratarse de nacionales procedentes de países no democráticos, cuyos procesos electorales no alcanzan el estándar internacional del free and fair elections¹⁰⁸.

Al respecto, la definición del pueblo del Estado conforme al criterio de la residencia favorece la expresión de la igualdad jurídica y del pluralismo participativo, inherentes al sistema democrático¹⁰⁹. De esta manera, la relación jurídica entre el Estado y los ciudadanos de la que surgen derechos y obligaciones recíprocos, tendrá el mismo contenido siempre que aparezca el dato objetivo de la residencia, y todos los individuos tendrán una misma posición, sus derechos no dependerían de la cualificación subjetiva que se otorgue a su personalidad, y desaparecería la diferencia, incompatible con la democracia, entre ciudadanos activos y pasivos o personas que deciden y que acatan tal decisión¹¹⁰.

¹⁰⁵ ALÁEZ CORRAL, Benito: "Exclusión del sufragio municipal emigrante y garantía ..." op. cit., p. 40.

¹⁰⁶ ALÁEZ CORRAL, Benito: *Nacionalidad, ciudadanía y democracia* ... op. cit., p. 300. El autor señala que el problema no se soluciona con su combinación con el criterio de la nacionalidad, pues ninguno de los dos criterios abarca la situación de los extranjeros que no reúnen el requisito de residencia continuada (p. 301).

¹⁰⁷ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: "Los acuerdos sobre voto en las elecciones municipales de la IX Legislatura", en MATIA PORTILLA, Francisco Javier (Dir.): *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 21.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ PRESNO, Miguel: "Fatiga del parlamentarismo y algunas propuestas ..." op. cit., p. 63.

¹¹⁰ Idem, pp. 63-64.

La mayoría de edad fijada en 18 años se constituye en otra limitación seria al proceso de universalización del derecho de sufragio, que excluye a los que estando por debajo de esa edad son capaces de ejercerlo, restando eficacia al goce de sus derechos fundamentales. Si bien se reconoce que fijar una edad mínima pretende que las personas se formen psicológicamente, adquieran capacidad de autodeterminación y puedan participar políticamente siendo ya maduras, resulta constitucionalmente posible y democrático conveniente reflexionar sobre una eventual rebaja de la mayoría de edad electoral por debajo de los 18 años, como ya ocurre en algunos países como Austria, Argentina y Brasil donde se puede votar desde los 16 años¹¹¹.

En relación a este tema, la *reducción progresiva* de la edad para reconocer el derecho al voto ha sido una constante a lo largo de la historia, de 25 a 23 años, de 23 a 21, de 21 a 18, y sirve para fomentar el desarrollo de la participación política, tanto desde el punto de vista del individuo, como desde la perspectiva de la sociedad política a la que se integra y contribuye¹¹².

2.2.- *Status activo o activae civitatis, y status activus processualis.*-

La comprensión de los derechos políticos como parte del *status* activo, *activae civitatis* o *civitatis activus* importa la participación del ciudadano en la formación de la voluntad política del Estado como miembro activo de la comunidad, así el derecho a votar y a elegir a sus representantes así como a ser elegido como tales, se constituyen en los prototipos de la participación ciudadana en el Estado; además, el *status activus processualis* afirma la exigencia que las demandas de los ciudadanos sean procesadas a través de sus representantes por los poderes públicos formándose la voluntad política en su beneficio, y garantiza los derechos de los parlamentarios mediante la tutela jurídica de los mismos.

A.- La teoría de los *status*.-

La teoría de los *status* formulada por Georg Jellinek explica la relación de los individuos con el Estado, a través de una posición o situación: *status*, que tiene cada uno frente a él por el cual se le reconoce la capacidad de exigirle ciertas pretensiones jurídicas:

¹¹¹ Idem, p. 67.

¹¹² Idem, p. 68.

derechos públicos subjetivos, que debe satisfacer¹¹³. El *status* se entiende como una relación con el Estado, que califica al individuo, se trata de una pluralidad de situaciones, no de derechos, y tiene como contenido el ser jurídico, no el tener jurídico de una persona¹¹⁴. No se trata de una posición unitaria porque se fragmenta en una multiplicidad de *status* diferentes: pasivo, negativo, positivo y activo¹¹⁵, y los derechos públicos subjetivos son pretensiones jurídicas que se derivan de estas cualificaciones concretas de la personalidad del individuo¹¹⁶.

Acerca de los tres primeros. Uno (i), por el *status* pasivo o *status subjectionis*, el individuo se encuentra sometido en posición de sujeción a la competencia del Estado, en una esfera de los deberes y obligaciones y sujeto a los mandatos y prohibiciones emanados del poder del Estado¹¹⁷, no adquiriendo derechos públicos subjetivos a su favor por tener una situación pasiva como mero destinatario de las normas estatales¹¹⁸.

Dos (ii), por el *status* negativo o *status libertatis*, el miembro del Estado es el señor de una esfera individual de libertad que niega y excluye el *imperium* del Estado¹¹⁹, en este ámbito las acciones personales del individuo son libres por no estar ordenadas ni prohibidas mientras que las acciones estatales y sus efectos son jurídicamente irrelevantes por tratarse de áreas de existencia individual donde no puede intervenir, por lo que tiene derechos de defensa, relacionados con el siguiente status, para impedirlos¹²⁰.

¹¹³ PRESNO LINERA, Miguel Ángel: "Democracia ciudadana y ciudadanía democrática", en *Fundamentos Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional: el pueblo del Estado: nacionalidad y ciudadanía en el Estado constitucional*, N° 7, 2012, pp. 265-267. Esta teoría fue expuesta en JELLINEK, Georg: *System der Subjektiven Öffentlichen Rechten*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1919. Ver además PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* op. cit., pp. 36 y 60. El autor explica que la doctrina de Jellinek fue un esfuerzo para fundamentar los derechos en clave de derecho positivista adaptada al contexto histórico del Estado liberal, desprovista de una connotación ius naturalista, y propone sustituirla por la teoría de los derechos fundamentales acorde al actual Estado democrático de Derecho y que responda a la necesidad de fundar derechos sociales activos necesarios en el marco del sistema económico contemporáneo.

¹¹⁴ ALEX, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 220.

¹¹⁵ PRESNO LINERA, Miguel Ángel: "Democracia ciudadana y ciudadanía democrática" op. cit., p. 265.

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ ALEX, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales* op. cit., pp. 220-221; y, PRESNO LINERA, Miguel Ángel: "Democracia ciudadana y ciudadanía democrática" op. cit., p. 266.

¹¹⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* op. cit., p. 60.

¹¹⁹ PRESNO LINERA, Miguel Ángel: "Democracia ciudadana y ciudadanía democrática" op. cit., p. 266.

¹²⁰ Ibidem.

Y tres (iii), por el *status* positivo o *status civitatis*, el individuo como ciudadano adquiere del Estado el reconocimiento de la capacidad para exigir pretensiones jurídicas positivas a las instituciones estatales, garantizándole dichas pretensiones y facilitándole los medios jurídicos para la realización de sus intereses personales¹²¹, por lo que el individuo al tener derechos a algo, tiene la competencia para exigirlos a través de procedimientos para su protección jurídica, lo que lo coloca en el *status* siguiente¹²².

En cuarto y último lugar (iv), por el *status* activo, *activae civitatis* o *civitatis activus*, el ciudadano adquiere capacidades especiales, fuera de las libertades y derechos naturales, denominadas competencias para ejercer derechos políticos que tienen como objeto la participación en el Estado como miembro de la comunidad política, y sirven a la formación de la voluntad estatal¹²³.

El derecho al voto así como la pretensión de desempeñar un cargo dentro de un órgano son los prototipos de una competencia que pertenece al *status* activo¹²⁴, que, a su vez, están relacionados y combinados con los demás *status* pasivo, negativo y positivo porque el ciudadano pasa a incorporarse, ser parte del Estado y actuar para él, el ejercicio de sus derechos políticos se dejan en las manos libres del individuo, y tiene la capacidad y competencia para exigirlos frente a él¹²⁵.

Las críticas antes citadas a la teoría de Jellinek¹²⁶ y su insuficiencia para explicar nuevos derechos, han provocado el intento de adaptarla a las nuevas situaciones sociales, políticas y económicas, y completar la tipología mediante el *status positivus socialis* para comprender en él a los derechos sociales, y el *status activus processualis* para garantizar la participación activa de los interesados en los procesos de formación de los actos públicos¹²⁷.

¹²¹ ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales* op. cit., p. 227.

¹²² Idem, pp. 227-228.

¹²³ Idem, p. 231; PRESNO LINERA, Miguel Ángel: "Democracia ciudadana y ciudadanía democrática" op. cit., p. 266; y, PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* op. cit., p. 60.

¹²⁴ Idem, p. 232.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* op. cit., p. 36.

¹²⁷ Idem, p. 35. Para Pérez Luño, la sutileza de los esfuerzos teóricos por acomodar la noción clásica de los derechos públicos subjetivos a las nuevas situaciones surgidas de las nuevas circunstancias, no supone sino tentativas de injertar nueva savia en un tronco caduco (p.36).

B.- El *status activus processualis*.-

El radio de las acciones que garantizan los derechos fundamentales se ha ampliado dentro de las nuevas facetas de participación que tiene el individuo en el Estado social, produciéndose una mutación de la teoría de los derechos fundamentales que la hace polidimensional, uno (i), en la participación material del Estado asistencial: *status positivus socialis*; dos (ii), en la participación procesal para la tutela jurídica efectiva de los derechos: *status activus processualis*; y tres (iii), en la dimensión corporativa que tienen los mismos: *status activus corporativus*¹²⁸.

La participación material del Estado asistencial se refiere a los derechos a prestaciones sociales que el individuo puede exigir de las entidades estatales en base a los principios y cláusulas constitucionales de dignidad humana, de igualdad y del Estado social y democrático¹²⁹, y el *status positivus socialis* que constituye la respuesta histórica frente al déficit de los derechos básicos de cuño democrático, mediante la generalización y la socialización de éstos a través de la añadidura de la dimensión social en el ámbito económico, por lo que todo derecho se debe considerar como un derecho social básico en sentido amplio, como consecuencia del desarrollo del Estado social y prestacional¹³⁰.

La tutela jurídica procesal efectiva de un derecho fundamental se agrega y ha quedado incorporada al contenido esencial del derecho fundamental; en tal sentido, el contenido de un derecho fundamental contiene el *status activus processualis*; por ejemplo, hay lugar a hablar del derecho de propiedad como procedimiento, la libertad de ciencia como procedimiento y la libertad de elegir profesión como procedimiento, lo que significa que al derecho de propiedad y de las libertades de ciencia y de elección de profesión les corresponde la garantía de un procedimiento efectivo para la afirmación de los mismos¹³¹.

La dimensión corporativa como *status activus corporativus* implica que el hombre y el ciudadano no se realiza sólo en el Estado sino esencialmente también en los grupos sociales

¹²⁸ HÄBERLE, Peter: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pp. 284-298.

¹²⁹ HÄBERLE, Peter: *La libertad fundamental en el Estado constitucional* op. cit., p. 287.

¹³⁰ HÄBERLE, Peter: *Pluralismo y Constitución ...* op. cit., pp. 202-203.

¹³¹ HÄBERLE, Peter: *La libertad fundamental en el Estado constitucional* op. cit., pp. 292-293.

que determinan el pluralismo; por ello, la libertad fundamental de toda persona debe ser considerada corporativa y cooperativa porque importa la participación en dichos grupos¹³²; sobre el particular, si la tesis de Heller de que la libertad deba ser siempre organizada en la realidad social es cierta, entonces ello significa que una parte de esta organización ocurre mediante la formación y la obra de los grupos, a través del desarrollo de la individualidad dentro del grupo y también contra los grupos cuando sea necesario¹³³.

A diferencia del ámbito y carácter específico de la participación material y corporativa, el *status activus processualis* se incorpora en cada uno de ellos y se manifiestan en conjunto, para dotar al ciudadano de medios procesales o procedimentales adecuados de protección destinados a hacerlos efectivo, para el cumplimiento de las cláusulas del Estado social¹³⁴, y además para que se incoen procedimientos para que se incrementen las funciones prestacionales estatales a favor del desarrollo de los ciudadanos en sus asociaciones de cuño plural¹³⁵. De esta manera, el *status activus processualis* afirma la exigencia que las demandas de los ciudadanos y de sus grupos sean procesadas por los poderes estatales a través de los representantes libremente elegidos por ellos, formándose la voluntad política en beneficio del interés común de todos los miembros de la comunidad política.

2.3.- Modelos de ciudadanía.-

Los planteamientos de una ciudadanía republicana y comunitaria responden y complementan los cuestionamientos a una ciudadanía liberal basada en un exacerbado individualismo y un mero deber de civilidad. Se reconoce así la doble dimensión del ciudadano: individual y colectiva, y se funda en los derechos políticos todas las posibilidades de participación comunicativa en los procedimientos de deliberación y formación de la voluntad política del Estado, y en especial con sus representantes elegidos, que respeten la

¹³² Idem, p. 293.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ HÄBERLE, Peter: *Pluralismo y Constitución* ... op. cit., p. 203. Para Häberle, la dogmática del Estado social de Derecho se encamina al desarrollo de los derechos básicos y los principios de dignidad humana e igualdad, y del mismo modo pero a la inversa, la dogmática de los derechos básicos se desarrolla bajo la égida del principio rector del Estado social.

¹³⁵ Idem, p. 200.

dignidad igualitaria de cada uno y de todos los miembros de la comunidad, así como las diferencias que tengan algunos: minorías, para dispensarles el tratamiento que merecen.

A.- Ciudadanía liberal.-

A diferencia de la tesis libertaria o anárquica que postula un Estado de mínimos que contrata con sus clientes para prestarles ciertos servicios de seguridad y protección a cambio de las pólizas y los impuestos que pagan¹³⁶, para la teoría liberal, la ciudadanía es aquel estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad, en condiciones de igualdad en cuanto a los derechos y obligaciones que tienen¹³⁷, por lo que los individuos tienen derecho a igual consideración y respeto en el diseño y administración de las instituciones políticas¹³⁸.

Este modelo, según Berlin, tiene una preferencia por las libertades en sentido negativo que positivo; en el primer sentido (*i*), el hombre es libre cuando sus actividades no son interferidas por ningún otro hombre ni grupo de ellos, y la libertad política es el espacio en el que puede actuar sin ser obstaculizado¹³⁹. A diferencia, en el segundo (*ii*), el hombre es libre cuando es su propio amo, y su vida y sus decisiones dependen de él mismo y no de fuerzas exteriores¹⁴⁰. Si bien el segundo parece tener un sentido inofensivo por referirse a la libertad sólo de diferente manera, la libertad positiva puede ser un disfraz que oculta la más brutal tiranía¹⁴¹, porque para que sea libre y no esclavo de sus pasiones, el Estado puede imponerle una disciplina rígida para que cumpla las condiciones que se considere apropiadas para liberarlo de tales pasiones y alcanzar una naturaleza humana ideal o superior¹⁴².

Pero, el carácter negativo preferente de la ciudadanía liberal que evita estos riesgos, es cuestionada en la medida que el ciudadano queda limitado a una ciudadanía políticamente pasiva, volcado en sus actividades privadas y muy atento a sus derechos personales, pero sin

¹³⁶ NOZICK, Robert: *Anarquía, Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, pp. 39-40 y 63 y ss.

¹³⁷ MARSHALL, T.H. y BOTTOMORE, Tom: *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 37.

¹³⁸ DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 272.

¹³⁹ BERLIN, Isaiah: *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Madrid, Alianza Editorial, 2010, p. 47.

¹⁴⁰ Idem, p. 60.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² Idem, pp. 61-62.

conciencia de sus obligaciones para con la comunidad, lo que conlleva a dejar el ejercicio del poder en manos de la élite según la teoría de la representación indirecta¹⁴³.

Ciertamente que el modelo se enriquece sustancialmente al afirmarse que la persona adquiere la condición ideal de ciudadano cuando cumple su deber de civilidad, escuchando a los demás con imparcialidad, conciliando sus opiniones con las de sus conciudadanos y cooperando razonablemente para el logro de los fines de la sociedad, y actuando como miembro con plena autonomía de la comunidad¹⁴⁴. En tal sentido, la autonomía plena como logro de los ciudadanos es un valor político, no ético, que se realiza en la vida pública ejerciendo los derechos y libertades básicos y también participando en los asuntos públicos de la sociedad, compartiendo la autodeterminación colectiva a través del tiempo¹⁴⁵.

No obstante ello, el deber de civilidad es notoriamente insuficiente porque se mantiene encasillado en el marco de la democracia liberal representativa, a pesar que el deber de civilidad y la participación ciudadana puede justificar la desobediencia civil en ciertos casos, por lo que es necesario apostar por un concepto de ciudadanía activa que exige un estatuto del ciudadano más comprometido con los asuntos públicos¹⁴⁶.

Precisamente, para Constant, a diferencia de la libertad de los antiguos, la libertad de los modernos propia de la ciudadanía liberal consistía en el disfrute apacible de la independencia privada¹⁴⁷, más preciosa cuanto más tiempo libre para los asuntos privados nos deje el ejercicio de los derechos políticos y las instituciones públicas garanticen los disfrutes privados¹⁴⁸. De allí que el sistema representativo es pensado como una organización que ayuda a la Nación a descargar en algunos individuos lo que no puede y no quiere hacer

¹⁴³ RUBIO CARRACEDO, José: *Teoría crítica de la ciudadanía democrática*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 67-68.

¹⁴⁴ RAWLS, John: *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 208.

¹⁴⁵ Idem, p. 91.

¹⁴⁶ RUBIO CARRACEDO, José: *Teoría crítica de la ciudadanía democrática* op. cit., p. 73.

¹⁴⁷ CONSTANT, Benjamín: "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos Conferencia pronunciada en el Ateneo de París. Febrero de 1819", en Constant, Benjamín: *Escritos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 268.

¹⁴⁸ Idem, pp. 269 y 281.

por sí misma, a través de un poder otorgado a ellos por la masa del pueblo, que quiere que sus intereses sean defendidos pero que no tiene tiempo de defenderlos por sí mismo¹⁴⁹.

Si bien se corre el peligro real que los representantes del pueblo, una vez electos, no defiendan los intereses colectivos sino que se dediquen a satisfacer sus intereses particulares; con independencia del poder de vigilancia que tiene el pueblo para apartarlos periódicamente de sus cargos¹⁵⁰, ello se evita creando un régimen político de separación de diversos poderes estatales encargados a diferentes clases de gobernantes, por el que los depositarios de dichos poderes limitándose los unos a los otros son incapaces de imponer su interés propio y se acercan al interés general de los gobernados¹⁵¹. Se trata de separar el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo para que el primero haga las leyes, no las ejecute, y el segundo aplique las leyes hechas por el primero, y crear un poder neutro o preservador cuyo interés fuera distinto a los de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, y se organice de modo que su interés no sea atacarlos sino mantener el equilibrio y la concordia entre ellos, y tenga como fin primordial defender a los gobernados de la opresión del gobierno¹⁵².

B.- Ciudadanía republicana.-

Según la teoría republicana de la ciudadanía, los derechos políticos fundamentales concernientes a la participación en los procesos de formación de la opinión y la voluntad del Estado, fundan el *status* de los ciudadanos libres e iguales¹⁵³, y garantizan la participación en todos los procesos de deliberación y decisión relevantes para la producción de normas, de modo que ellos pueden hacer valer por igual la libertad comunicativa de cada uno frente a

¹⁴⁹ Idem, pp. 281-282. Por ello, Constant advierte que el peligro de la libertad moderna está en que dedicados a los intereses particulares, los ciudadanos renuncien al derecho de participación política, y recomienda que los pueblos ejerzan una vigilancia activa y constante sobre sus representantes y se reserven, en períodos de tiempo, el derecho de apartarles y revocarles los poderes de los que hayan abusado (pp. 282-283).

¹⁵⁰ Idem, p. 282.

¹⁵¹ CONSTANT, Benjamin: *Una Constitución para la República de los modernos (Fragmentos de una obra abandonada sobre la posibilidad de una Constitución Republicana en un gran país)*, Madrid, Tecnos, 2013, p. 29. Constant examina los abusos que pueden cometer los poderes legislativo y ejecutivo y las precauciones a tomar contra ellos (pp. 28-188), y advierte que a pesar de tomarse estas medidas y se controlen dichos poderes, siempre se ha de estar en guardia permanente contra las posibles discrepancias.

¹⁵² Idem, pp. 29, 200-201 y 208. Constant plantea que el poder preservador debe tener dos atribuciones: una (i), la facultad de disolver las asambleas legislativas, y dos (ii), la de destituir a los depositarios del poder ejecutivo.

¹⁵³ HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez ... op. cit.*, pp. 189 y 193.

pretensiones de validez susceptibles de crítica¹⁵⁴. De esta manera, la incorporación de la acción comunicativa en los términos de la teoría del discurso en la política democrática¹⁵⁵ forma parte medular del modelo republicano.

La acción y el discurso forman parte de la condición humana debido a la pluralidad de la convivencia política del pueblo¹⁵⁶. Sobre el particular, la doble dimensión individual y colectiva del ser humano no sólo exige la creación de espacios en los que los individuos son soberanos, tienen capacidad para autodeterminarse y elegir libremente sus planes de vida, en los que no es legítima la intervención ni del Estado ni de terceras personas, sino que además se debe asegurar a todos ellos la capacidad de dialogar con sus conciudadanos acerca de los objetivos colectivos que como comunidad deben perseguir y del diseño institucional que consideran más adecuado para la misma, así como de participar en la elección de las autoridades que van a regir su destino¹⁵⁷.

A diferencia de la libertad de los modernos, la libertad republicana de los antiguos consistía en la participación activa y continua en el poder social y ejercer colectiva y directamente los distintos aspectos de la soberanía: deliberar en la plaza pública, decidir la guerra, la paz y celebrar alianzas, votar las leyes, pronunciar sentencias y hacer comparecer a los magistrados, a fin de proceder al reparto del poder político entre todos los ciudadanos¹⁵⁸. Para los antiguos, el rasgo que distingue mejor al ciudadano es su participación en la justicia y en el gobierno, compartir el poder deliberativo y judicial o participar de cierto poder¹⁵⁹. En

¹⁵⁴ Idem, p. 193.

¹⁵⁵ Ver sobre este tema HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa I Racionalidad de la acción y racionalidad social*, Madrid, Taurus, 2003; *Teoría de la acción comunicativa II Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Taurus, 1987; *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, Cátedra, 1997; y *Conciencia moral y acción comunicativa*, Madrid, Trotta, 2008.

¹⁵⁶ ARENDT, Hanna, *La condición humana*, Buenos Aires-Barcelona-México, Paidós, 1998, pp. 21-22 y 200.

¹⁵⁷ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús: *Autonomía, dignidad y ciudadanía Una teoría de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 480. El autor opina que la ciudadanía se puede definir en términos liberales sin necesidad de recurrir al republicanismo como una opción distinta del liberalismo (pp. 477-478).

¹⁵⁸ CONSTANT, Benjamín: "De la libertad de los antiguos comparada ..." op. cit., pp. 260 y 268-269. El autor explica que la libertad de los antiguos admitía la sumisión del individuo a la autoridad del conjunto.

¹⁵⁹ ARISTÓTELES: *Política*, Madrid, Alianza Editorial, 2015, pp. 141 y 143-144; y, ARISTÓTELES: *La Constitución de Atenas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 55-67;

la República de Atenas era justo que todos los ciudadanos tengan acceso a las magistraturas, mediante sorteo o elecciones, y que a todos les esté permitido hablar¹⁶⁰.

Si bien, la tradición republicana, interpretada por Constant y Berlin, valora la libertad positiva por encima de todo y en especial la libertad de la participación democrática, para Petit, su foco de interés primordial es evitar los males ligados a la interferencia¹⁶¹. En este sentido, la participación política valorada por los republicanos era valiosa de una manera distinta, como un instrumento para proteger la libertad individual¹⁶². Así expuesto, la libertad republicana no encaja con uno de los lados de la dicotomía: la libertad negativa y la positiva, sino que es tanto negativa en la medida en que requiere la ausencia de dominación ajena, no necesariamente la presencia de autocontrol, como es positiva en la medida que necesita algo más que la ausencia de interferencia: requiere seguridad frente a la interferencia, en especial frente a la interferencia arbitraria¹⁶³.

En la política deliberativa, el procedimiento ideal para la deliberación y toma de decisiones que debe reflejarse en las instituciones sociales, tiene un conjunto de reglas y características. Entre éstas destacan que las deliberaciones se efectúan en forma argumentativa, mediante el intercambio regulado de informaciones y razones entre las partes que hacen propuestas y las someten a crítica, y son inclusivas y públicas porque en principio no puede excluirse a nadie y todos los que puedan verse afectados tienen las mismas oportunidades de participar, siendo válidas sólo aquellas normas que todos los que puedan verse afectados puedan prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales¹⁶⁴.

¹⁶⁰ PSEUDO-JENOFONTE: "La República de los atenienses", en JENOFONTE Y SEUDO-JENOFONTE: *La República de los lacedemonios La República de los atenienses*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 85; el autor opinó que no aprobaba el sistema de gobierno de los atenienses porque prefirieron que los plebeyos estuvieran mejor que las gentes de calidad (p. 84).

¹⁶¹ PETIT, Philip: *Republicanism Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós, 1999, p. 46.

¹⁶² ARCOS RAMÍREZ, Federico: "Los derechos de participación política" op. cit., p. 1288.

¹⁶³ PETIT, Philip: *Republicanism Una teoría sobre la libertad y el gobierno* op. cit., p. 77. Al respecto, la libertad como no dominación planteada por Petit es la posición que disfruta alguien cuando vive con otros y ninguno de ellos le domina, y se logra mediante dos estrategias: uno (i), el poder recíproco, consistente en hacer más iguales los recursos del dominador y el dominado, de modo que si una persona fuera dominada pueda llegar a defenderse por sí misma de la interferencia del dominador, y dos (ii), la prevención constitucional, a través de una autoridad constitucional elegible, que prive del poder de interferencia arbitraria a cualquier parte y lo castigue (pp. 96-97).

¹⁶⁴ HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez ...* op. cit., pp. 172 y 382.

Por ello, toda asociación que institucionalice efectivamente el procedimiento deliberativo con el fin de regular democráticamente las condiciones de convivencia, se constituye en virtud de ello en una comunidad de ciudadanos¹⁶⁵. En esta comunidad, el ciudadano, para la teoría republicana o si se quiere deliberativa, es el miembro libre e igual de la comunidad jurídica que participa y decide discursivamente en común las condiciones de la convivencia social y política¹⁶⁶. De esta manera, se rescata la ciudadanía activa y pública que el liberalismo conservador había convertido en pasiva y privada¹⁶⁷.

Por todo ello, el ciudadano se convierte en el verdadero protagonista de la comunidad política, que es entendida en sentido fuerte como el conjunto de normas y valores compartidos por el grupo por haber sido contruidos en deliberación permanente y crítica, por lo que su valor no consiste en ser tradicionales sino en ser abiertos y renovados por cada generación dentro de un pluralismo razonable¹⁶⁸.

Estas afirmaciones pueden considerarse basadas en una concepción ideal, o mejor dicho idealista, del ciudadano republicano, no presente en la realidad del ciudadano pasivo de nuestros días. No obstante, también se constata que los actores de la sociedad civil, no tenidos hasta ahora en cuenta, pueden desempeñar un papel sorprendentemente activo y exitoso en los casos de percepción de una situación de crisis. En estos casos críticos, y pese a la complejidad organizativa, a su débil capacidad de acción y a las desventajas estructurales, los ciudadanos son capaces de invertir la dirección de los circuitos de comunicación consolidados en el espacio de la opinión pública y del sistema político, y de cambiar el modo de solucionar los problemas que tiene el sistema en conjunto¹⁶⁹.

Si bien la participación formal electoral a través de las urnas puede parecer menos atractiva y frecuente, los indicadores de participación en manifestaciones sociales o huelgas, la firma de petitorios, y la expresión de formas de solidaridad colectivas en las situaciones

¹⁶⁵ Idem, p. 383.

¹⁶⁶ BENÍTEZ ROMERO, María Benita: *La ciudadanía en la teoría política contemporánea: Modelos propuestos y su debate*, Madrid, Tesis doctoral UCM, 2004, p. 225; y, RUBIO CARRACEDO, José: *Teoría crítica de la ciudadanía democrática* op. cit., p. 85.

¹⁶⁷ RUBIO CARRACEDO, José: *Teoría crítica de la ciudadanía democrática* op. cit., p. 85.

¹⁶⁸ Ibidem; y, GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús: *Autonomía, dignidad y ciudadanía ...* op. cit., pp. 480-481.

¹⁶⁹ HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez ...* op. cit., p. 462.

extremas, sugieren que no estamos en una nueva era de apatía política y la idea de un repliegue sobre la esfera privada no tiene fundamento¹⁷⁰.

Para ello, se parte de la base de considerar que las estructuras de comunicación del espacio de la opinión pública están ligadas con los ámbitos de la vida privada de modo que la periferia donde actúa la sociedad civil tiene la ventaja de identificar los problemas con mayor sensibilidad que el centro de la política¹⁷¹. Así, desde la periferia más externa los temas penetran en las escuelas, los gremios, las asociaciones, los periódicos y revistas, que se interesan por ellos, y plantean foros, movimientos, iniciativas ciudadanas y otras plataformas colectivas, que luego a través de un trabajo de apoyo mediante acciones, protestas masivas y campañas incesantes logran que estos temas, a través de los programas ampliados por los viejos partidos y de los representantes electos, o de las sentencias de los tribunales, etc., sean incorporados por los ámbitos nucleares del sistema político y tratados de manera formal¹⁷².

De allí que debe recurrirse a instituciones de democracia directa¹⁷³ combinadas con las de la democracia representativa¹⁷⁴, para contribuir a reforzar el principio que la democracia es el poder del pueblo, disminuir la brecha entre el poder político y la sociedad y lograr que los ciudadanos participen del ejercicio del poder estatal¹⁷⁵. Resulta

¹⁷⁰ ROSANVALLON, Pierre: *La contrademocracia La política en la era de la desconfianza*, Buenos Aires, Manantial, 2007, p. 35. Para el autor, se puede hablar que el ciudadano pasivo es un mito, el ciudadano actúa como vigilante, y si bien la democracia electoral está erosionada, las democracias de expresión, implicación e intervención se han desplegado y afirmado (pp. 35-39 y 72-74).

¹⁷¹ HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez* ... op. cit., p. 462.

¹⁷² Idem, p. 463.

¹⁷³ THIBAUT, Bernhard: "Instituciones de democracia directa", en NOHLEN, Dieter, PICADO, Sonia y ZOVATTO, Daniel (Comps.): *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 67.

¹⁷⁴ ARAGÓN REYES, Manuel: "La democracia constitucional", en TRUJILLO, Gumersindo, LÓPEZ GUERRA, Luis y GONZÁLEZ- TREVIJANO, Pedro (Dirs.): *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 34. Para Aragón, la Constitución opta por la democracia representativa a la hora de organizar el poder constituido, y prevé el referéndum, instrumento de democracia directa, como complemento de la democracia representativa; así, por ello, en el Estado democrático la democracia representativa es la regla general y el referéndum la excepción, por lo que sus normas se interpretan restrictivamente. Ver además ARAGÓN REYES, Manuel: "Planteamiento General: Partidos Políticos y Democracia Directa", en BIGLINO CAMPOS, Paloma (Coord.): *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 23-28.

¹⁷⁵ MIRÓ QUESADA RADA, Francisco: "Democracia directa en las Constituciones latinoamericanas: un análisis comparado", en MIRÓ QUESADA RADA, Francisco: *Democracia directa en América Latina*, Lima, Asociación Cultural Educacional Windsor del Perú, 2010, pp. 37-38 y 68-69.

imprescindible promover la participación directa de la ciudadanía en el procedimiento legislativo en la fase de iniciativa eliminando los límites a la iniciativa legislativa popular, en la fase deliberativa permitiendo que puedan opinar y aportar información a la cámaras, intensificar la transparencia y publicidad, e incrementar la legitimidad de las leyes, y en la fase final a través del referéndum derogatorio¹⁷⁶.

Ciertamente la democracia implica la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos a través de instrumentos representativos como con impulsos inmediatos de la propia ciudadanía, que en sociedades democráticas avanzadas dispone de capacidad de autodeterminación suficiente para decidir sobre aspectos esenciales del gobierno de la comunidad¹⁷⁷. Pero, mientras esta forma de participación no esté presente el parlamentarismo adolece de una herramienta adecuada para paliar la fatiga que lo aqueja y que incide en su falta de porosidad ante las demandas ciudadanas¹⁷⁸.

En este campo, la iniciativa legislativa popular es un instituto de democracia directa¹⁷⁹, o si se quiere mejor participativa¹⁸⁰, por la que un grupo de ciudadanos presenta ante una asamblea representativa, y por tanto a sus representantes electos, una propuesta normativa, pero quedando en manos de ésta la decisión política sobre la misma¹⁸¹. Así, los ciudadanos, impulsados por organizaciones sociales, y en algunas ocasiones por partidos de la oposición, proponen a sus representantes reunidos en el Parlamento la regulación de una materia o de un sector, cumpliendo así una función de complemento de la integración de

¹⁷⁶ PRESNO, Miguel: "Fatiga del parlamentarismo y algunas propuestas ..." op. cit., pp. 162-163. El autor cuestiona que los ciudadanos estén excluidos y no puedan participar en la fase de iniciativa de una reforma constitucional cuando se trata de la Norma Fundamental de la convivencia ciudadana (pp. 145 y 163).

¹⁷⁷ Idem, p. 120; para el autor, tienen sentido tanto las instituciones representativas como las de democracia directa porque de lo que se trata es de la combinación de ellas al servicio de la conformación ciudadana de la voluntad política (p. 119). Ver además PRESNO LINERA, Miguel Ángel: "La democracia participativa como instrumento de impulso, deliberación y control", en CASCAJO CASTRO, José Luis y MARTÍN DE LA VEGA, Augusto (Coords.): *Participación, representación y democracia XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 206.

¹⁷⁸ PRESNO LINERA, Miguel Ángel: "La democracia participativa ..." op. cit., p. 233.

¹⁷⁹ AGUIAR DE LUQUE, Luis: "Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español", en TRUJILLO, Gumersindo, LÓPEZ GUERRA, Luis y GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro (Dirs.): *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 92-93.

¹⁸⁰ BIGLINO CAMPOS, Paloma: "La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 19, Enero-Abril 1987, pp. 91-92.

¹⁸¹ PÉREZ ALBERDI, Ma. Reyes: *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2013, p. 312.

intereses que se produce dentro de esta institución. De esta manera, contribuye a la participación y el compromiso de los ciudadanos en el proceso de decisión política, y sirve para dar entrada en el Parlamento a aquellos grupos sociales cuyos intereses no se consideran representados por las fuerzas políticas presentes y que son estimuladas para representarlos¹⁸².

Como propuesta legislativa sin carácter decisorio se caracteriza primero *(i)*, por ser una forma de impulsar el procedimiento legislativo dentro de la pluralidad de iniciativas, y segundo *(ii)*, por reconocer la supremacía del Parlamento y la competencia plena que tienen los parlamentarios para decidir la aprobación o no del texto legislativo¹⁸³. En resumen, se trata de un mecanismo de democracia participativa a través de una actividad desarrollada por los ciudadanos, en cuanto individuos o como representantes de formaciones sociales, que tiene por finalidad influir sobre en la gestión de los poderes públicos, sin traducirse directamente en actos jurídicos que concluyan dicha actividad¹⁸⁴.

En España, el requisito que exige para una iniciativa legislativa popular no menos de 500,000 firmas acreditadas es calificado como un obstáculo irrazonable que limita seriamente la posibilidad de la ciudadanía de plantearla¹⁸⁵, y en Perú parece más razonable el porcentaje del 0.3% de la población electoral nacional, equivalente a 59,850 ciudadanos, muy similar al número exigido por algunas Comunidades Autónomas: 40,000 en Andalucía y 50,000 en Madrid y Cataluña respectivamente¹⁸⁶. Por ello, se ha recomendado que mediante la reforma constitucional se rebaje el número mínimo de 500,000 firmas exigido para propiciar la participación ciudadana, acercar al pueblo al Parlamento y alejar una vieja desconfianza hacia la democracia participativa típica de la transición española a la democracia¹⁸⁷.

¹⁸² LARIOS PATERNA, María Jesús: *La participación ciudadana en la elaboración de la ley*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2013, pp. 87 y 89; y, ARANDA ÁLVAREZ, Elviro: "La nueva ley de la iniciativa legislativa popular", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 78, Septiembre-Diciembre 2006, p. 192.

¹⁸³ Idem, p. 88.

¹⁸⁴ Idem, pp. 88-89.

¹⁸⁵ PRESNO LINERA, Miguel Ángel: "La democracia participativa ..." op. cit., pp. 219-220; AGUIAR DE LUQUE, Luis: "Democracia directa e instituciones ..." op. cit., pp. 93-95; y, BIGLINO CAMPOS, Paloma: "La iniciativa legislativa popular ..." op. cit., pp. 99-100.

¹⁸⁶ Idem, p. 220.

¹⁸⁷ GARCÍA ROCA, Javier (Ed.): *Pautas para una reforma constitucional Informe para el debate*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi-Instituto de Derecho Parlamentario, 2014, pp. 77-78 y 136.

En relación a la intervención ciudadana en la fase deliberativa de las leyes, los ciudadanos tienen una forma adecuada de expresión a través de las audiencias públicas: *hearings*, en el Congreso de los Estados Unidos, que incluyen desde las comparecencias de las personas que aspiran a ocupar determinados cargos públicos, hasta las audiencias en las comisiones de investigación y en el procedimiento legislativo: *legislative hearings*, en comisiones¹⁸⁸. Cuando se celebran en el procedimiento legislativo, sirven para aportar informaciones y fundamentos acerca del proyecto de ley, y que los parlamentarios escuchen la posición y los intereses de los afectados, destacándose su idoneidad para permitir la participación real de los ciudadanos debido a la publicidad que, en principio, gozan y su transmisión por los medios de comunicación, salvo que existan razones que justifiquen que sean reservadas¹⁸⁹.

En la tramitación parlamentaria de una iniciativa legislativa popular, las asambleas representativas deben conceder a la comisión promotora la facultad de participar en las deliberaciones parlamentarias y poder defender la iniciativa, tanto para la toma en consideración como en comisión e incluso en el Pleno, con voz pero sin derecho a voto¹⁹⁰, lo que permite a los parlamentarios pronunciarse con mayor conocimiento sobre la proposición de ley, sin afectar su capacidad decisoria, y contribuye la realización de los principios de participación ciudadana y del pluralismo político inherente al Estado democrático¹⁹¹.

¹⁸⁸ PRESNO, Miguel: "Fatiga del parlamentarismo y algunas propuestas ..." op. cit., p. 86; y, GARCÍA ROCA, Javier (Ed.): *Pautas para una reforma constitucional* ... op. cit., p. 78. El grupo de especialistas opinó que la participación de los ciudadanos en el procedimiento legislativo no se agota en la fase de iniciativa, y es conveniente analizar las experiencias positivas en la fase preparatoria del proyecto y durante la discusión parlamentaria mediante el sistema de audiencias públicas o las nuevas tecnologías.

¹⁸⁹ LARIOS PATERNA, María Jesús: *La participación ciudadana en la elaboración de la ley* op. cit., pp. 108-109.

¹⁹⁰ PÉREZ ALBERDI, Ma. Reyes: *El derecho fundamental a participar* ... op. cit., pp. 348-349. La autora explica que los casos de las leyes de Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias, Navarra y Galicia, las cinco primeras prevén la participación de un miembro de la comisión promotora en el debate de la toma en consideración, mientras que la ley gallega permite la participación de uno de los firmantes, sin necesidad que sea uno de los miembros de la comisión promotora, además en Navarra y Andalucía también se le permite participar en los debates parlamentarios de la iniciativa legislativa. Ver además PRESNO LINERA, Miguel Ángel: "La democracia participativa ..." op. cit., p. 221. El autor agrega a Cataluña entre las que contemplan la defensa de la proposición de ley en el trámite de la toma de consideración por parte de la comisión promotora. En el Perú, quienes presenten la iniciativa pueden nombrar a dos representantes para la sustentación y defensa en las comisiones dictaminadoras del Congreso de la República y en su caso en el procedimiento de reconsideración.

¹⁹¹ Ibidem.

Finalmente, el referéndum derogatorio o abrogatorio si se incorpora en España puede actuar como un instrumento de control ciudadano de las leyes, una suerte de poder de vigilancia del poder político por parte de la sociedad y una forma de democracia de contrapeso o contrapoder ciudadano para que las instituciones cumplan con estar al servicio de los intereses generales¹⁹². En el Perú la legislación contempla el referéndum derogatorio cuyo resultado determina la derogación de las normas con rango de ley que fueran desaprobadas¹⁹³.

C.- Ciudadanía comunitaria.-

Para la teoría de la ciudadanía comunitaria, la comunidad debe adoptar y llevar a cabo dos políticas fundamentales en la esfera pública: una (i), la del reconocimiento igualitario, y dos (ii), la de la diferencia multicultural, para evitar la fragmentación social a la que nos lleva el liberalismo y el atomismo individual. La política del reconocimiento igualitario parte de la idea del universalismo que destaca la dignidad de todos los ciudadanos para reconocerles iguales derechos, y la de la diferencia cultural plantea que se reconozca la identidad única de cada individuo o grupo social en cuanto es distinto a todos los demás¹⁹⁴.

La ciudadanía comunitaria se enfrenta a la fragmentación que caracteriza al individuo y la sociedad liberal en nuestros días que aparece cuando la gente comienza a considerarse de forma cada vez más individual y menos ligada a sus conciudadanos en proyectos comunes, o si se vinculan a objetivos comunes con otras personas se tratan de agrupamientos parciales en lugar de ser los intereses del conjunto de la sociedad¹⁹⁵.

¹⁹² PRESNO LINERA, Miguel Ángel: "La democracia participativa ..." op. cit., pp. 230 y 233. Ver además SAIZ ARNAIZ, Alejandro: "El referéndum derogatorio en el ordenamiento italiano: entre las (incompletas) previsiones normativas y la (creativa) jurisprudencia constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 36, Septiembre-Diciembre 1992, pp. 192-200.

¹⁹³ WIELAND CONROY, Hubert: *El referéndum en el Perú Doctrina, regulación legal y jurisprudencia constitucional*, Lima, Palestra, 2011, pp. 206 y 211-212; y, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: *Derecho Electoral Peruano*, Lima, Palestra, 2016, pp. 179-180. El autor recuerda que el régimen dictatorial de Alberto Fujimori derogó el referéndum abrogatorio con el objeto de impedir que se lleve a cabo el que se había solicitado acerca de la ley de "interpretación auténtica" que permitía la reelección presidencial para un tercer período consecutivo.

¹⁹⁴ TAYLOR, Charles: *El multiculturalismo y la "política del reconocimiento"*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009, pp. 69 y 71.

¹⁹⁵ TAYLOR, Charles: *La ética de la autenticidad*, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós, 1994, p. 138.

En relación a la primera, al basarse en la idea de que todos los seres humanos son dignos de respeto por igual, la política de la dignidad igualitaria pretende una canasta idéntica de derechos universales para todos porque se trata de un valor universal compartido por todos los seres humanos que asegura que cada individuo merezca respeto, incluyendo a las personas que por ciertas circunstancias son incapaces de realizar su potencial en forma normal; y, en segundo término, la política de la diferencia también se funda en un potencial universal capaz de moldear y definir la identidad de cada uno como individuo y como cultura social, y que debe respetarse a todos por igual para valorar en términos igualitarios las costumbres y creaciones de las culturas diferentes¹⁹⁶.

El problema es que estas dos ideas no se concilian de modo armónico y ordenado porque, por el contrario, se produce contradicciones entre ellas, pues, por un lado, el respeto igualitario exige evitar la discriminación y tratar a las personas en una forma ciega a la diferencia, pero, por otro, la diferencia exige que se reconozca y fomente la particularidad de cada cual mediante tratamientos distintos y particulares¹⁹⁷. El primero objeta al segundo porque viola el principio de no discriminación, y el reproche del segundo al primero es que niega la identidad cuando por obligar a todos a someterse al modelo cultural del grupo social hegemónico que tiene como efecto social suprimir y discriminar a las culturas minoritarias¹⁹⁸.

Aparece la crisis de la concepción del pueblo como unidad mística, indivisible y homogénea: el pueblo de trascendencia, y se sustituye por la percepción real de un *pueblo de singularidades*, conformado por un conjunto plural de minorías sociales y sectores de indignados, unidos cada uno por diversos intereses y fines, que al sentirse excluidos, se movilizan y buscan nuevas fórmulas representativas para tener presencia y ser reconocidos en el sistema de manera que el Estado satisfaga las pretensiones que tienen y consideran justas y legítimas¹⁹⁹.

¹⁹⁶ TAYLOR, Charles: *El multiculturalismo y la "política del reconocimiento"*, pp. 70-71, 75 y 110.

¹⁹⁷ Idem, pp. 72 y 76-77.

¹⁹⁸ Idem, p. 77.

¹⁹⁹ GARRORENA MORALES, Ángel: "La crisis actual de la democracia representativa. ¿Qué hacer?", en GARRORENA MORALES, Ángel: *Escritos sobre la democracia La democracia y la crisis de la democracia representativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 191-192 y 203-204. El autor sostiene que es posible la incorporación de los movimientos sociales organizados a las tareas de contrapoder del Parlamento a través de un régimen no detallado que logre ponerlos en contacto con los parlamentarios.

La teoría democrática y pluralista hace difícil admitir la idea de una voluntad general que se exprese mediante una voluntad parlamentaria, porque parte de reconocer una pluralidad de intereses, creencias y voluntades, que se expresan y confrontan en el Parlamento, mediante el mecanismo de integración que suponen los partidos y las elecciones²⁰⁰.

Además, los nuevos movimientos sociales en acción se presentan como grupos sociales fluidos, carentes de organización permanente, pero que actúan decididamente para recurrir a las nuevas tecnologías y provocar una movilización fácil y rápida de los ciudadanos frente a las decisiones del poder. De esta manera, entre las relaciones entre gobernantes y gobernados aparecen estos movimientos, no organizados, con una representación de ciertos intereses sociales, más exacta que la que sus representantes oficiales pudieran tener a pesar de haber sido elegidos popularmente²⁰¹.

Para tratar de resolver esta situación junto con la voluntad general expresada mediante el sufragio, debe reconocerse una voluntad general de integración, que corresponde a un trabajo de la sociedad sobre sí misma para erradicar las discriminaciones, constituir una sociedad plenamente común pero no uniforme, y que sea acogedora igualmente para todos considerando la dignidad de cada uno²⁰².

Aquí el papel que cumplen los derechos fundamentales es importante en cuanto son bienes públicos no rivales de los que todos pueden beneficiarse sin que nadie resulte privado de los mismos, que reconocen la ciudadanía del individuo como forma de pertenencia a la colectividad, y la humanidad del hombre como forma de singularidad irreductible de cada uno, mezclando el todo y las partes de la sociedad, y cuyo respeto implica que todas las voces sean escuchadas y que todos sean debidamente considerados²⁰³.

²⁰⁰ LÓPEZ GUERRA, Luis: "Organización y funcionamiento del Parlamento del futuro", en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *El Parlamento del siglo XXI VIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2002, p. 37.

²⁰¹ GARRORENA MORALES, Ángel: "La crisis actual de la democracia representativa ..." op. cit., p. 191.

²⁰² ROSANVALLON, Pierre: *La legitimidad democrática imparcialidad, reflexividad y proximidad*, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós, 2010, p. 184.

²⁰³ Idem, pp. 182-183. Para Rosanvallon, las Cortes Constitucionales actúan como terceros reflexivos que aplican razonada y deliberativamente los derechos y principios fundamentales, defienden a las minorías y

Obliga a replantear el principio general de justicia en términos que se establezcan criterios particulares de justicia que atiendan a las necesidades que tengan las pequeñas comunidades que coexisten en las sociedades nacionales. En tal sentido, frente a la idea de la justicia como equidad que descansa en el derecho natural de todos a la igualdad de consideración y respeto²⁰⁴, hay que afirmar que la justicia es una construcción humana que no puede ser realizada de una sola manera y debe dejar espacio para la diversidad cultural²⁰⁵, por lo que no es posible un simple principio maestro sino que se debe adoptar una pluralidad compleja de principios que rijan la distribución de los diferentes bienes²⁰⁶.

Si bien en la sociedad moderna, el individualismo extremo pretende separar al individuo de la comunidad y de su cultura propia, el comunitarismo afirma y sostiene que el individuo libre es lo que es en virtud de la totalidad de la sociedad y de la civilización en la que las familias lo educaron²⁰⁷. En otros términos, el individuo libre o el agente moral autónomo sólo puede alcanzar y conservar su libertad y su identidad en el tipo de cultura a la que siente que pertenece²⁰⁸.

En base a lo desarrollado antes, el ciudadano comunitario es el miembro libre e igual de la sociedad política que se identifica y relaciona con ella como si fuera una comunidad²⁰⁹, que reconoce su propia dignidad y respeta la de los demás en ella, y aprecia el mismo valor que tienen las demás comunidades culturales en relación a la suya propia.

3.- Representación política.

Como la voluntad general de la Nación para lograr el bien común es abstracta y en la realidad existen opiniones divergentes y no decisiones unánimes acordadas previamente, la

contribuyen a la empresa democrática de la generalización, frente a las deficiencias de las instituciones mayoritarias y electas (pp. 195-204).

²⁰⁴ DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio* op. cit., pp. 272-274.

²⁰⁵ WALZER, Michael: *Las esferas de la justicia Una defensa del pluralismo y la igualdad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 19.

²⁰⁶ GUTMANN, Any: "La justicia a través de las esferas", en MILLER, David y WALZER, Michael (Comps.): *Pluralismo, justicia e igualdad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 134; y, MILLER, David: "Igualdad compleja", en MILLER, David y WALZER, Michael (Comps.), *Pluralismo, justicia e igualdad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 259.

²⁰⁷ TAYLOR, Charles: *La libertad de los modernos*, Buenos Aires-Madrid, Amorrortu Editores, 2005, p. 250.

²⁰⁸ Idem, pp. 249-250.

²⁰⁹ BENÍTEZ ROMERO, María Benita: *La ciudadanía en la teoría política contemporánea ...* op. cit., p. 261.

representación política aporta la manera adecuada para que exista y tenga realidad a través de las personas físicas concretas de los representantes libremente elegidos para actuar, construir y formar la voluntad general²¹⁰.

Para ello, como la participación política no se limita ni agota en la elección con el acto de votar²¹¹ y se *proyecta* sobre todo el período del mandato para el que han sido elegidos²¹², se articula una relación de representación que empieza allí y se prolonga uniendo a los representantes y representados, por la que se autoriza o legitima a cada representante a actuar en lugar y en el interés de los representados para construir y formar democráticamente la voluntad estatal y adoptar las decisiones referentes a los asuntos públicos²¹³. Así, el representante quiere y actúa en nombre del pueblo representado que sólo a través suyo puede querer y actuar para hacerse presente en la realidad²¹⁴.

Mediante la representación se produce una autorización por la que se adjudica una competencia sobre la base de la organización jurídica, por la que el representante si bien tiene la obligación de cumplir la Constitución, las leyes y los procedimientos, también tiene una libertad amplia de decisión política para dar nuevas leyes y para modificar las preexistentes, cuando a través de los debates parlamentarios expresa los deseos y opiniones del pueblo y forma la voluntad política final²¹⁵. Como están autorizados para decidir libremente pero no arbitrariamente, la libertad se complementa con la responsabilidad que tienen los representantes frente a los representados al estar obligados a actuar en su interés, que se manifiesta en elecciones periódicas por las que se renueva el dominio del pueblo²¹⁶.

²¹⁰ GARRORENA MORALES, Ángel: *Representación política y Constitución democrática*, op. cit., p. 24; y, DE VEGA, Pedro: "Significado Constitucional de la Representación Política" op. cit., p. 29; el autor explica que la doctrina de la soberanía nacional afirma que la soberanía recae en la Nación en su conjunto, y no en los sujetos aisladamente considerados que la componen, quienes no tienen derecho a ejercerla individualmente; y, como la Nación es un ente abstracto que no puede decidir por sí misma, actúa a través de los representantes, quienes no actúan como soberanos sino que lo que hacen es expresar libremente la voluntad de la Nación.

²¹¹ PRESNO LINERA, Miguel Ángel: *El derecho de voto* op. cit., p. 113.

²¹² PULIDO QUECEDO, Manuel: *El acceso a los cargos y funciones públicas* ... op. cit., p. 338.

²¹³ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos* ... op. cit., pp. 56-57; y, GARCÍA ROCA, Javier: "Representación política y transfuguismo: la libertad ..." op. cit., pp. 55-56.

²¹⁴ RUBIO LLORENTE, Francisco: "La representación política" op. cit., p. 619.

²¹⁵ KRIELE, Martín: *Introducción a la Teoría del Estado Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 338-339.

²¹⁶ Idem, pp. 338-339 y 341.

Desde una perspectiva que niega que la elección ciudadana crea o constituya una relación jurídico-política con los representantes, se afirma que lo que crea es una posición o situación jurídica a favor de los elegidos: la representación-poder²¹⁷, por la que se traslada al titular la facultad de ejercer en nombre y con el consentimiento de los representados determinadas funciones y potestades públicas²¹⁸, y lo que constituye es un poder que lo habilita para ejercer el poder político en su nombre²¹⁹.

Ahora, si bien la representación política conlleva una atribución de autoridad para decidir en nombre de los representados, significa también una función mediadora para manifestar y expresar la opinión y la voluntad de los representados, y la exigencia de actuar en interés de la comunidad conforme a la voluntad general²²⁰.

Para el Tribunal Constitucional de España, una vez elegidos, se produce una relación jurídica que liga a los representantes con el conjunto de los ciudadanos que pertenecen al cuerpo electoral, sin la intervención de terceros extraños, por la que los representantes libremente elegidos hacen efectivo el derecho de participación de los ciudadanos como expresión de la voluntad popular, y se establece la presunción de que la voluntad del representante es la voluntad de los representados imputada a éstos en su conjunto; por lo que la ruptura de esta relación de imputación trasgrede la naturaleza misma de la representación y viola el derecho fundamental de todos y cada uno de los sujetos que forman parte de ella²²¹.

Algo que el Tribunal Constitucional de Perú reconoce en un estado incipiente pero germinal cuando afirma que el derecho constitucional a ser elegido no agota su virtualidad en el acto mismo de la votación sino que se proyecta durante todo el mandato para hacer posible su ejercicio frente a todo acto que lo impida o restrinja, fuera de las causales previstas

²¹⁷ GARRORENA MORALES, Ángel: *Representación política y Constitución democrática* op. cit., pp. 92-93; y, GARRORENA MORALES, Ángel: "La Crisis Actual de la Democracia Representativa ..." op. cit., pp. 198-200. Para el autor, la presencia de una relación es una simple metáfora porque los representantes no tienen ninguna necesidad de contar con los ciudadanos ni existe mecanismo alguno que les obligue a hacerlo.

²¹⁸ Idem, p. 93.

²¹⁹ Ibidem.

²²⁰ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados* ... op. cit., p. 38.

²²¹ STC 10/1983, de 21 de febrero, F.Js. 2 y 4; y, STC 81/1994, de 14 de marzo, F.J. 2.

constitucional o legalmente; calificándolos como nulos y punibles los actos que prohíben o limitan a los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos²²².

A diferencia del servidor o funcionario público que desempeña un empleo en la administración pública, el elegido tiene la condición de ser representante de la voluntad popular expresada en elecciones por sufragio universal, se caracteriza por no agotarse en los esquemas jurídicos preestablecidos por gozar de un grado amplio de libertad o maniobrabilidad en el ejercicio del mandato representativo no sujeto a mandato imperativo, y por ello tiene responsabilidad política ante los electores²²³.

3.1.- Mandato imperativo y de partido vs. representación libre e independiente.-

La representación política no se entiende sujeta a los parámetros del mandato imperativo de los cuadernos de instrucciones propio del régimen medieval, basado en el contrato privado de mandato, ni del mandato de partido inherente a la idea del Estado de partidos, sino que se articula y construye sobre la noción burkeana de la representación libre e independiente que asegure al representante estar en las condiciones adecuadas de autonomía para buscar el interés del conjunto de la Nación, más no obligarlo a obedecer los deseos y opiniones de los electores como tampoco permitir que satisfaga sus intereses personales o partidarios si la independencia fuera mal interpretada como absoluta.

A.- Tesis negativa y positiva de la representación.-

Antes de desarrollar como construir sus posibles contenidos hay que empezar por tener una idea próxima de lo que es la representación política; para ello, no hay nada mejor que empezar por negar la posibilidad real de una teoría por la que la totalidad o mayoría de los ciudadanos concedan a algunos de ellos el poder de ocuparse de los asuntos públicos, en nombre de ellos y como si fueran todos ellos.

Una tesis negativa sostiene que la voluntad del pueblo no puede ser enajenada ni representada por diputados que acuerden algo definitivo sino que lo que decidan debe someterse a la ratificación del pueblo bajo sanción de nulidad; y, en todo caso, en los Estados

²²² Sentencia de TCP de 21 de julio de 2006, Exp. N° 2730-2006-PA/TC, Arturo Castillo Chirinos, F.J. 37.

²²³ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos* ... op. cit., pp. 86-87; y, CAAMAÑO, Francisco: *El mandato parlamentario* op. cit., pp. 19-21.

grandes, en los que es difícil que el pueblo se exprese directamente, los diputados como comisarios, no representantes, deben ser forzados a seguir las instrucciones de los electores y a rendirles cuenta de sus actos para evitar que se corrompan²²⁴.

Frente a esta concepción reveladora de la época medieval y de inicios de la moderna, una tesis positiva aparece por la necesidad de dotar al Estado moderno de una forma de organización. La voluntad única de la personalidad del Estado requiere para realizarse una organización que produzca dicha voluntad por procedimientos formales, pues por sí mismo el pueblo carece de una voluntad única, habiendo voluntades confusas y contradictorias²²⁵.

La teoría del órgano afirma que el el Estado como asociación organizada, requiere tener una pluralidad de órganos pues sin ellos deviene en algo que psicológicamente no existe y sólo es anarquía; para esta tesis, el pueblo no es una suma indistinta sino una unidad organizada para la designación de sus representantes, que obra como un órgano de creación primario en el acto de elección, mientras que la representación del pueblo tiene el carácter de órgano secundario creado por el primario, formando ambos una unidad. Los representantes elegidos para actuar en el Parlamento son, a su vez, órganos inmediatos por ser consecuencia directa de la constitución del Estado, y su voluntad vale como si fuera la voluntad del órgano primario que representa: el pueblo²²⁶.

Esto no significa que el pueblo como mero órgano de creación, concluya su función escogiendo a los representantes quedando desligados los elegidos y electores después de dicho acto, porque a partir de allí nace una relación y lazo permanente entre representante y pueblo en su unidad, una relación de órgano, que no sólo es política sino que también es un vínculo jurídico²²⁷. Por un lado, la fuerza política, no jurídica, de la opinión pública produce que los elegidos, a pesar de no tener la necesidad de rendir cuenta a sus electores, estén sometidos siempre a fiscalización efectiva de ellos; y por otra parte, la duración del período

²²⁴ ROUSSEAU, Jean-Jaques: *El contrato social o principios de derecho político* op. cit., p. 122; y, ROUSSEAU, Jean Jacques: "Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma", en ROUSSEAU, Jean Jacques: *Proyecto de Constitución para Córcega Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 82-83.

²²⁵ CARRÉ DE MALBERG, R.: *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 989-990.

²²⁶ JELLINEK, Georg: *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 520-522; y, CARRÉ DE MALBERG, R.: *Teoría general del Estado* op. cit., pp. 990-94.

²²⁷ Idem, p. 521.

de la legislatura, la disolución posible de las cámaras por los Gobiernos y el próximo ejercicio del sufragio no son sólo hechos y medios políticos, sino también jurídicos, para asegurar el carácter de la representación como órgano de la voluntad del pueblo²²⁸.

Frente al extremo de la teoría orgánica que olvida las personas individuales, resulta indispensable matizarla porque para realización de la voluntad colectiva del Estado tanto en el momento de formarla como en el de expresarla, son necesarias las personas físicas concretas de los representantes²²⁹. En realidad, no existe sólo una relación de representación entre el órgano representativo: el Parlamento, y el colectivo representado, pues cada persona concreta titular de un cargo público: el parlamentario, es sujeto activo de un mandato individual que le habilita y legitima para decidir y hacer presente al pueblo ausente, aunque deba hacerlo de forma asociada a otros representantes por imperativos democráticos, y a través de la mediación de los partidos²³⁰.

En respuesta a la teoría orgánica, se cuestiona que el Parlamento y los representantes electos sólo podrían ser considerados como órganos del Estado si quedasen obligado a actuar como mandatarios del pueblo, sujetándose las decisiones parlamentarias a las manifestaciones de la voluntad popular; pero, como las constituciones modernas prohíben expresamente que los diputados se sujeten a las instrucciones de sus electores, pierde todo fundamento positivo la afirmación de que la voluntad del Parlamento es la voluntad del pueblo, y se convierte en una pura ficción inconciliable con la realidad jurídica²³¹.

En este sentido, el pueblo organizado en un cuerpo electoral para el acto de elección no es nada más que un órgano de creación porque se limita a designar a sus representantes en el Parlamento, no estando obligados a ejecutar la voluntad popular ni el pueblo puede expresar su voluntad de otra manera que no sea con la elección²³². De esta manera, una teoría más bien intermedia recurre a la ficción para apoyar la idea de representación, por la que se

²²⁸ Ibidem.

²²⁹ GARCÍA ROCA, Javier: "Representación política y transfuguismo: La libertad ..." op. cit., p. 55; el autor propone la fusión de la teoría del órgano con la de la representación para preservar al representante titular del cargo público representativo, en la medida que por tal cargo recibe una relación de imputación, una atribución de una legitimidad y competencia democrática para decidir (p. 56). Ver además GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos* ... op. cit., pp. 52-57.

²³⁰ Ibidem.

²³¹ KELSEN, Hans: *Teoría general del Estado*, Granada, Editorial Comares, 2002, pp. 512-513.

²³² Idem, p. 514.

crea como tal la existencia de una relación específica representativa entre el pueblo y el Parlamento en la medida que la esencia de la democracia representativa, en contradicción con su primer nombre, consiste en que el pueblo no es sino el Parlamento el llamado a legislar, pudiendo realizar esta función con toda independencia de él²³³.

La teoría de la *integración* también explica la representación política. Esta teoría interpreta al Estado como una realidad espiritual caracterizada por un proceso dinámico, no estático, de formas colectivas espirituales en permanente renovación, transformación y actualización funcional e integradora²³⁴. Explica que la representación democrática implica un proceso dialéctico y mediador por el que se actualiza y manifiesta la idea que tiene el pueblo, presente en la conciencia de los ciudadanos, sobre como deben tratarse y resolverse los asuntos públicos para satisfacer las necesidades y los intereses generales de la comunidad política, de manera que los individuos se reconozcan en las acciones de los representantes, se vean representados y se sientan obligados a cumplirlas²³⁵.

En efecto, en el Estado democrático no basta con que el Parlamento debata, negocie y decida con autoridad en nombre de los representados, sino que es esencial que la dialéctica parlamentaria sea capaz de adoptar decisiones políticas compartidas por el pueblo²³⁶. La función de integración produce que el pueblo se encuentre presente y prolongue su existencia política más allá de los procesos electorales a través de la representación política, de manera que la voluntad general del pueblo quede unificada e integrada a través del Parlamento, aunque dicha voluntad exista y esté presente previamente a dicho proceso unificador a pesar que aparezca de modo informe²³⁷.

En otros términos, en el Estado democrático representativo, el parlamentario no es únicamente el titular de un poder de decisión autónomo, tampoco puede limitarse a determinar colegiadamente la voluntad popular en el Parlamento, sino que la función representativa que tiene debe cumplir una función necesariamente mediadora o relacional

²³³ Ibidem.

²³⁴ SMEND, Rudolf: *Constitución y Derecho Constitucional* op. cit., pp. 62-63.

²³⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: "Democracia y representación. Crítica a la discusión actual sobre la democracia", en BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 151-152.

²³⁶ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados ...* op. cit., p. 36.

²³⁷ Idem, pp. 36-37.

por la que el representante individual se convierte en *indagador* y luego en portador de la voluntad general²³⁸.

Como conclusión, la representación política se presenta como una actividad dialéctica, por la que el parlamentario asume su mandato con autonomía y al mismo tiempo se concibe como dependiente constante del pueblo, lo que conlleva que el poder autónomo de decisión del representante democrático no pueda entenderse como el poder de un órgano soberano, sin nada detrás, sino como el poder de un representante vinculado relacionamente a la voluntad general²³⁹. Por ello, se afirma que los parlamentarios democráticos representan a todo el pueblo y sólo están sometidos a los dictados de su conciencia, pero no se trata de una conciencia ligada a una moral privada, sino de una conciencia unida a una realidad ético-política: la voluntad general del pueblo²⁴⁰.

B.- Los contenidos de la representación material.-

Además de las formas que reviste la representación para mostrar cómo se desenvuelve la relación de autorización, legitimación e imputación que tienen los representantes para actuar en nombre e interés de los representados y adoptar decisiones con fuerza obligatoria para ellos²⁴¹, la representación material se refiere a la coincidencia de las acciones y decisiones tomadas por los representantes con los contenidos de la voluntad general del pueblo a través de un conjunto de procesos que provocan que sean aceptados, reconocidos y cumplidos por los representados²⁴². Entre los contenidos posibles tenemos uno (i) la representación sujeta a mandato imperativo, dos (ii) la representación libre e independiente, y tres (iii) la representación sujeta a mandato de partido.

La representación sujeta a mandato imperativo.-

La representación política sujeta a mandato imperativo deriva de la metamorfosis de un concepto jurídico: el contrato *civil* de mandato y la relación jurídico-privada entre mandante y mandatario, adaptada en juego metafórico a la relación entre representante y

²³⁸ Idem, p. 37.

²³⁹ Ibidem.

²⁴⁰ Ibidem.

²⁴¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: "Democracia y representación ..." op. cit., p. 145.

²⁴² Idem, p. 146.

representados. En virtud de ella, el representante debe actuar exactamente de la misma manera que lo harían los representados²⁴³, como si fuera un mero enviado o un sirviente subordinado a aquéllos que le enviaron, casi un espejo o un megáfono, que debe proceder de acuerdo con la voluntad de sus votantes y no conforme a la suya propia, y cumplir un dudoso slogan: “actúa como lo harían tus electores”²⁴⁴.

En la etapa medieval, las corporaciones enviaban a sus emisarios cuando eran convocadas por el Rey para constituir las asambleas y tomar ciertas decisiones relacionadas con los tributos, recurriendo a la figura del mandato del derecho privado con las condiciones de sujeción y responsabilidad jurídica del apoderamiento, como la más apropiada para el funcionamiento del sistema²⁴⁵. Así, la técnica de la representación de los Parlamentos medievales, construida sobre estas bases, estaba montada en un acto jurídico en el que quedaban perfectamente definidos, por una parte (i), los sujetos de la representación: el representante y la corporación, y, por otro lado (ii), la extensión y contenido de la misma expresada en el cuaderno de instrucciones²⁴⁶.

En relación a los sujetos intervinientes, el representante actuaba sólo en nombre de los municipios o corporaciones que lo designaban, y no por la *universitas* del pueblo porque para la teoría política medieval la *universitas* era representada por el señor o por el monarca, que se convertía en el *maior populo* o *maior principe* en virtud del *pactum* por *traslatio* o *concessio* entre el monarca y el pueblo²⁴⁷.

Y acerca del contenido material y extensión de la representación, ésta tenía contornos restringidos: el representante únicamente podía operar dentro de los límites que el mandato le confería, establecidos puntualmente en los cuadernos de instrucciones (*cahiers*

²⁴³ MENÉNDEZ ALZAMORA, Manuel: “Sobre los orígenes de la representación moderna”, en MENÉNDEZ ALZAMORA, Manuel (Ed.): *Participación y representación política*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 149-150.

²⁴⁴ PITKIN, Hanna Fenichel: *El concepto de representación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 185-186. Pitkin pone el ejemplo del representante de Mr. Jones, que asiste a una reunión financiera para representarlo, porque no tiene conocimiento sobre los números, se pregunta ¿Qué haría Mr. Jones? y responde que levantaría sus manos horrorizado ante la vista de todos aquellos números y tomaría una decisión errónea.

²⁴⁵ ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: *Representación política y derecho fundamental* ... op. cit., p. 102.

²⁴⁶ DE VEGA, Pedro: “Significado constitucional de la representación política” op. cit., p. 26.

²⁴⁷ Ibidem; y, ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: *Representación política y derecho fundamental* ... op. cit., p. 102.

d'instructions). Así, primero (*i*), el mandato estaba sujeto a formalidades: la celebración ante notario o la jurisdicción religiosa y la presencia de testigos; segundo (*ii*), el mandatario tenía derecho a ser indemnizado por los gastos incurridos con ocasión de su gestión; y tercero (*iii*), el mandatario estaba expuesto en todo momento a ser revocado y a responder patrimonialmente por sus actos si se excedía en los límites del mandato, porque debía observar escrupulosamente las instrucciones recibidas. De allí que los monarcas estaban interesados en que estuviesen investidos de poderes suficientemente amplios, y porque si las instrucciones eran muy limitativas había mayor dificultad para corromperlos²⁴⁸.

Frente a esta interpretación de las características de la representación medieval, se opone otra que, utilizando los institutos de la procura y de la *plena potestas*, intenta desvirtuar la aplicación del mandato del derecho privado. Según esta posición, los mandatos formales llamados procuras no se asimilaban a los negocios jurídicos del derecho privado, sino que se trataban de instrumentos de legitimación del representante, por los que el representante se presentaba ante el Parlamento con un documento del nombramiento por otros, y que servía para legitimarlo y admitir como válida su participación en el Parlamento que reunía a todos los representantes²⁴⁹.

De las procuras redactadas por escrito se desprendía la idoneidad para hablar y actuar en nombre y por cuenta de todos los súbditos en la asamblea; para ello, tenían que poner de manifiesto las capacidades concedidas al representante para votar, consentir, aceptar, etc., y debían evitar que las comunidades representadas se arrogasen el derecho de rechazar lo actuado por sus representantes²⁵⁰.

Cuando las comunidades eran convocadas para comparecer ante el Rey y ante las asambleas por medio de representantes idóneos, estaban obligadas a acudir como súbditos llamados a juicio, por lo que a partir de la naturaleza judicial de las asambleas, los representantes debían acudir con poderes plenos de carácter procesal para cumplir con sus

²⁴⁸ DE VEGA, Pedro: "Significado constitucional de la representación política" op. cit., p. 26; y, ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: *Representación política y derecho fundamental* ... op. cit., pp. 102-103.

²⁴⁹ CRIADO DE DIEGO, Marcos: "Mandato imperativo y procura de los representantes en las Cortes Castellanas y en los Parlamentos de los Reinos históricos de Italia", en *Revista de las Cortes Generales*, N° 63, Año 2004, p. 24; y, CRIADO DE DIEGO, Marcos: *Representación, Estado y democracia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 57.

²⁵⁰ Idem, p. 25.

funciones de concurrir con los demás, deliberar los asuntos y adoptar las decisiones más ventajosas para sus mandantes, y si habían instrucciones expresas éstas no podían perjudicar la toma de decisiones reconociéndosele el valor de concejos que operaban en las relaciones entre representantes y mandatarios carentes de efectos hacía el exterior²⁵¹.

Lo más probable fue que las fórmulas amplias o limitativas de las cartas de poder no hayan dominado períodos amplios de tiempo y se hayan desarrollado fórmulas mixtas que no respondían a esquemas unilaterales sino que estaban sujetas a las necesidades de la coyuntura²⁵².

Por un lado, los poderes limitados daban a las ciudades la última palabra y convertían a sus procuradores en agentes de su voluntad como una representación de intereses en términos jurídicos, pero es impensable imaginar a las asambleas con poderes totalmente limitados puesto que las ciudades carecían de medios y de voluntad para coordinar acciones destinados a lograr acuerdos concretos²⁵³.

Y, por otro, si bien los poderes amplios otorgaban a los procuradores mayor libertad de decisión y facilitaban a la Corona el control de la situación, puesto que era más factible convencer a un puñado de hombres cercanos y motivados que a las ciudades lejanas y casi siempre ariscas, la concesión de poderes amplios sólo implicaba evitar la comunicación institucional entre cabildos y procuradores, pero suponer que no había contacto era apartarse de la lógica y en muchas ocasiones los contactos eran autorizados por el propio monarca²⁵⁴.

En el contexto histórico postrevolucionario, el mandato imperativo reapareció como una posibilidad reivindicada para organizar la vida política como alternativa a la propuesta de soberanía popular radical en la que todos los ciudadanos se representaban con autonomía²⁵⁵. Frente a tal propuesta, la democracia directa, de la identidad o plebiscitaria,

²⁵¹ Idem, p. 24.

²⁵² LORENZANA DE LA PUENTE, Felipe: *La representación política en el Antiguo Régimen. Las Cortes de Castilla, 1655-1834*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2013, pp. 121-123.

²⁵³ Idem, p. 122.

²⁵⁴ Ibidem. El autor explica que cuando los Reyes Católicos decidieron que los poderes sean homogéneos e ilimitados, las ciudades crearon su propia estratagema redactando los poderes como el Rey deseaba pero la delegación como a ellas les interesaba; es decir, aparte del poder, dictaban las instrucciones más oportunas y tomaban juramento a sus procuradores (p. 123).

²⁵⁵ MENÉNDEZ ALZAMORA, Manuel: "Sobre los orígenes de la representación moderna" op. cit., p. 150.

fundada en el mandato imperativo, era el modelo que naturalmente aparecía de modo antagónico a la democracia representativa²⁵⁶, por la que quien quiere por el pueblo y lo obliga no es la persona distinta del representante sino el pueblo mismo²⁵⁷.

Esta propuesta reapareció y se impuso brevemente en la Comuna de París que planteó el mandato imperativo y la revocabilidad de dicho mandato pues el diputado dependía de los encargos e instrucciones de la corporación que lo elegía y se le podía revocar en cualquier momento²⁵⁸. Fue adoptada por el constitucionalismo soviético de la U.R.S.S. expresado en el Decreto de 2-XII-1917 de Lenin por el que se afirmó que las instituciones electivas y las asambleas de representantes para ser consideradas democráticas y realmente representativas de la voluntad popular deben conceder a los electores el derecho de revocar a los elegidos²⁵⁹.

Además, la revocación del mandato es reconocida en 18 Estados Americanos como Alaska, Arizona, California, Colorado, Georgia, Idaho, Kansas, Louisiana, Michigan, Minnesota, Montana, Nevada, New Jersey, Dakota del Norte, Oregon, Rhode Island, Washington y Wisconsin²⁶⁰. También en ciertos Cantones Suizos como Berna, Schaffhausen, Solothurn, Ticino, Turgau y Uri²⁶¹. En América Latina, entre otros países, el Perú incorporó la revocatoria para autoridades municipales y regionales, y en Venezuela, Ecuador y Bolivia para toda autoridad electa²⁶².

²⁵⁶ RUBIO LLORENTE, Francisco: "La representación política" op. cit., pp. 617-624.

²⁵⁷ Idem, p. 620.

²⁵⁸ KRIELE, Martín: *Introducción a la Teoría del Estado ...* op. cit., pp. 346-350.

²⁵⁹ TORRES DEL MORAL, Antonio: "Crisis del mandato representativo en el Estado de partidos", en *Revista de Derecho Político*, N° 14, Verano 1982, p. 26.

²⁶⁰ QVORTRUP, Matt: "La experiencia estadounidense de 1776 a 2012", en WELP, Yanina y SERDÜLT, Uwe (Coords.): *La dosis hace el veneno Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza*, Quito, Consejo Nacional Electoral-Instituto de la Democracia, 2014, p. 212; y, DE VEGA, Pedro: "Significado constitucional de la representación política" op. cit., p. 25.

²⁶¹ SERDÜLT, Uwe: "Una institución durmiente: historia, normas legales y prácticas de la revocatoria en Suiza", en WELP, Yanina y SERDÜLT, Uwe (Coords.): *La dosis hace el veneno Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza*, Quito, Consejo Nacional Electoral-Instituto de la Democracia, 2014, pp. 234-240; y, DE VEGA, Pedro: "Significado constitucional de la representación política" op. cit., p. 25.

²⁶² TUESTA SOLDEVILLA, Fernando: "Perú: entre la participación y la gobernabilidad local (1997-2013)", en WELP, Yanina y SERDÜLT, Uwe (Coords.): *La dosis hace el veneno Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza*, Quito, Consejo Nacional Electoral-Instituto de la Democracia, 2014, p. 10.

La representación libre e independiente.-

En la democracia representativa, los fundamentos que justifican la representación libre e independiente afirman que el representante debe actuar como un experto y un agente al que es mejor dejar sólo para que lleve a cabo su tarea con libertad y resuelva las cuestiones políticas tan difíciles y complejas que están más allá de la capacidad de los ciudadanos ordinarios²⁶³. Además, un país o un distrito electoral no es tan simple para tener una voluntad siempre lista y una opinión sobre cada tema, que el representante deba simplemente reflejar, y si cada representante debiera acatar la instrucción de su distrito o de su partido, el acuerdo político llegaría a ser imposible, para lo cual es necesario dejarles espacio para formular los temas, la deliberación y el compromiso que debe fundamentar las decisiones²⁶⁴.

La teoría de la representación política en base a los intereses de la Nación fue desarrollada por Edmund Burke (1729-1797) en su conocido “Discurso a los electores de Bristol” pronunciado el día 3 de noviembre de 1774. Esta teoría rompe con la idea predominante del régimen medieval que el representante debía obedecer a los deseos o intereses particulares de sus electores o grupo de electores, asentado sobre la base del mandato del derecho privado formalizado en el cuaderno de instrucciones. De acuerdo a esta doctrina, la representación política se trata de la representación del *interés* que tiene una realidad objetiva, impersonal y desvinculada, y que nada tiene que ver con obedecer los deseos populares sino que significa el descubrimiento de la élite del interés general de la comunidad²⁶⁵.

Asentado en la idea de la Nación como una comunidad de notables basada en la propiedad y la educación, Burke proclamaba la esencia de la representación en una especie de espíritu superior que habitaba en la esfera de los valores y hacía aparecer la verdadera naturaleza de un pueblo, y para descubrirla el representante del pueblo no era sólo un mero representante sino que personificaba en sentido axiológico la existencia del pueblo y debía

²⁶³ PITKIN, Hanna Fenichel: *El concepto de representación* op. cit., p. 186.

²⁶⁴ Idem, pp. 186-187.

²⁶⁵ Idem, pp. 213 y 216.

poder adoptar sus decisiones con plena libertad e independencia respecto de intereses particulares más concretos²⁶⁶.

El representante no es un delegado de los ciudadanos que lo eligieron, sino que representa al conjunto de la Nación; por ello, no se limita a ejecutar los deseos o intereses particulares de sus electores, sino que debe buscar y realizar el bien común y atender a los intereses generales de la Nación²⁶⁷.

Edmund Burke declaró que el Parlamento no era un congreso de embajadores de intereses distintos y contrapuestos entre sí, que cada uno debía defender como si fuera un representante legal o un abogado enfrentando a los otros, sino que el Parlamento es la asamblea deliberativa de la Nación, con un único interés: el del conjunto, por lo que si los electores locales abrigan un interés determinado o tiene una opinión previa, que va en detrimento del auténtico bien del resto de la comunidad, el parlamentario elegido por él debe abstenerse de hacer algún esfuerzo para llevarlo a cabo²⁶⁸.

Si bien reconoce que la opinión de los electores es respetable y de peso y el representante debe escucharla y tomarla en consideración con la mayor seriedad, subraya que las instrucciones autoritarias y los mandatos impuestos que debe obedecer a ciegas, votar, y defender con argumentos contrarios a su propia convicción y conciencia, son absolutamente ajenos a las leyes del país y nacen de un error de base respecto al tenor y al orden completo de la Constitución²⁶⁹.

Por ello, el rasgo característico del método burkeano es la diferencia y el contraste significativo entre el interés y la opinión. El interés general de la Nación tiene una realidad

²⁶⁶ SCHNEIDER, Juan P.: “El régimen parlamentario”, en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE y HEYDE: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, p. 340.

²⁶⁷ PITKIN, Hanna Fenichel: *El Concepto de Representación* op. cit., pp. 215-216.

²⁶⁸ BURKE, Edmund: “Discurso a los electores de Bristol con ocasión de que los magistrados le declararán formalmente miembro electo del Parlamento por esa ciudad, el jueves 3 de noviembre de 1774”, en BURKE, Edmund: *Revolución y descontento Selección de escritos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 90-91. Burke dijo al distrito de Bristol que lo eligió como miembro del Parlamento que “ciertamente, vosotros elegís un parlamentario; pero, una vez elegido, éste no es un parlamentario por Bristol, sino un miembro del *Parlamento*”. Ver además BLACKSTONE, William: *Commentaries on the Laws of England*, London, University of Chicago, 2002, T. I., p. 155. El primer libro de los comentarios de Blackstone fue editado en 1765.

²⁶⁹ Idem, p. 90.

objetiva sustancialmente distinta de las opiniones particulares de algunos electores e incluso de toda la gente que la compone, por lo que el deber de un representante hacia sus electores es tener devoción a sus intereses antes que a sus opiniones²⁷⁰. En consecuencia, finalmente, Burke dijo a sus electores de Bristol que, en lugar de obedecer sus instrucciones, él luchaba por defender sus intereses incluso en contra de la voluntad de ellos²⁷¹.

El contenido del ejercicio de la representación ha sido resuelto jurídicamente por las Constituciones liberales de los Estados modernos a favor de la libertad e independencia del representante una vez elegido, en relación a la posibilidad de quedar obligado a las instrucciones y mandatos de los electores. De esta manera, se adopta como un principio fundamental del sistema representativo la independencia de los representantes respecto de los deseos y preferencias de su electorado, del que se derivan dos garantías institucionales: una (i), la prohibición del mandato imperativo, y dos (ii), de la revocación discrecional de los representantes²⁷², tal como muestran los antecedentes históricos en Inglaterra y Francia²⁷³.

La Constitución de Francia de 1791 en el Capítulo Primero del Título III, relativo a la Asamblea Nacional Legislativa, contenía en el artículo 7 de la Sección Tercera la fórmula que señalaba que “los representantes nombrados en los departamentos no serán representantes de un departamento en particular, sino de la Nación entera, y no se les podrá dar ningún mandato”. Precisamente, esta cláusula constitucional instauró una nueva forma de gobierno por la que los representantes elegidos por los ciudadanos dejaban de ser mandatarios que defendían los intereses locales y estamentales ante el poder del monarca, y se convirtieron en representantes independientes titulares del poder político, a los que se les atribuye la competencia de querer y decidir libremente en interés y en nombre de la Nación²⁷⁴.

²⁷⁰ PITKIN, Hanna Fenichel: *El Concepto de Representación* op. cit., p. 223.

²⁷¹ Idem, pp. 223-224.

²⁷² MANIN, Bernard: *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza Editorial, 2010, p. 201. Según él, ninguno de los gobiernos representativos establecidos desde fines del Siglo XVIII autorizaron los mandatos imperativos o dotaron de calidad vinculante a las instrucciones dadas por el electorado.

²⁷³ DE VEGA, Pedro: “Significado constitucional de la representación política” op. cit., pp. 27-29. Para el autor, en la tensión histórica entre la Cámara de los Lores y la de los Comunes, esta última difícilmente hubiera podido extender sus poderes sin eliminar la institución del mandato imperativo, máxime cuando los pares deliberaban y actuaban en nombre propio y con libertad plena.

²⁷⁴ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados ...* op. cit., p. 107.

De esta manera, la burguesía adopta dos principios relacionados con los conceptos de soberanía y representación nacional; primero (i), los diputados dejan de representar al grupo especial que los elige, para convertirse automáticamente en representantes de toda la Nación, y segundo (ii), por este mandato vinculado a la Nación, las personas o grupos que realizan la elección no podrán en ningún caso revocar a los representantes²⁷⁵.

Además, como se puede observar la independencia tiene una justificación funcional, pues sin ella los representantes no podrían formar la voluntad de la asamblea representativa mediante la discusión libre y abierta de los argumentos propios y los de todos los demás miembros de la asamblea, que los llevasen a tomar una decisión fundada en las mejores razones destinadas a satisfacer los intereses generales²⁷⁶. Aquí se debe recordar que es un lugar común considerar que el gobierno representativo es en principio un “gobierno por discusión”²⁷⁷ porque la *ratio* del Parlamento reside, según Smend, en su dinámica dialéctica por producir un proceso de confrontación de opiniones antagónicas cuyo resultado es la voluntad estatal correcta²⁷⁸.

Resulta inobjetable que la esencia del Parlamento es la confrontación pública entre argumentos y contrargumentos, o en otros términos el debate y la discusión pública que es justamente lo que se llama *parlamentar*²⁷⁹. A pesar de ello, es preciso aclarar que definir el gobierno representativo como el gobierno de la discusión es insuficiente, porque la función de la discusión es llegar a tomar *decisiones* y para llegar a éstas se tienen que plantear *propuestas*²⁸⁰.

La razón que justifica la discusión y deliberación es el carácter diverso y colectivo de las asambleas representativas, no una creencia en las virtudes especiales del debate, porque

²⁷⁵ DE VEGA, Pedro: “Significado constitucional de la representación política” op. cit., p. 30.

²⁷⁶ RUBIO LLORENTE, Francisco: “La Representación Política” op. cit., p. 622; y, ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados ...* op. cit., p. 107.

²⁷⁷ MANIN, Bernard: *Los principios del gobierno representativo* op. cit., p. 225.

²⁷⁸ SCHMITT, Carl: *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en la situación actual*, Madrid, Tecnos, 2008, pp. 71-72; SMEND, Rudolf: *Constitución y Derecho Constitucional* op. cit., pp. 84-85; y, SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2011, pp. 401-402. Schmitt sostiene además que la discusión como supuesto ideal del parlamentarismo ha desaparecido y quedado sustituida por las negociaciones de los partidos políticos que llevan al Parlamento sus intereses de grupo o clase por medio de los representantes que actúan coaccionados por sus partidos (pp. 405-406).

²⁷⁹ Idem, p. 72.

²⁸⁰ MANIN, Bernard: *Los principios del gobierno representativo* op. cit., p. 235.

en un órgano colectivo integrado por miembros elegidos por distintas poblaciones, con diversos puntos de vista particulares, el problema al que debe enfrentarse la discusión y deliberación es la necesidad de llegar a acuerdos comunes mediante la convergencia de las voluntades²⁸¹.

Si bien durante las campañas políticas previas al acto electoral, los candidatos y sus partidos pueden presentar promesas y programas electorales dirigidos a convencer a los ciudadanos, los representantes una vez elegidos tienen sin excepción la libertad de decidir cumplirlos o no, por la ausencia de mandatos imperativos y promesas o programas electorales vinculantes²⁸².

Esta concepción no sólo tiene una pura justificación histórica anclada en el pasado sino que además la prohibición del mandato imperativo debe ser actualizada, mediante una interpretación evolutiva y sociológica, para proteger a los parlamentarios frente a los nuevos riesgos y amenazas derivadas de diversos grupos y sujetos²⁸³. En este supuesto, se afirma que si la prohibición del mandato imperativo se mantiene sustancialmente es porque ahora es vista ya no como una garantía del mandato libre frente al pueblo, sino como la posibilidad de votar contra las directrices del partido político al que el parlamentario pertenece²⁸⁴.

Hoy, frente a la imposición de las directrices o instrucciones de sus líderes, la prohibición del mandato imperativo asegura un derecho de libertad y autonomía a favor del representante, que sirve de garantía constitucional frente a los abusos e injerencias indebidas por parte de los partidos políticos²⁸⁵.

Por ello, actualmente, queda incorporada en cierta forma en las normas y deberes de conducta que tienen que cumplir los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones. En el Código de conducta para los miembros del Parlamento aprobado por la Cámara de los Comunes se contemplan los principios y deberes de los diputados ingleses del “desinterés” y

²⁸¹ Idem, p. 229.

²⁸² Idem, pp. 205 y 219.

²⁸³ GARCÍA ROCA, Javier: “Representación política y transfuguismo: la libertad ...” op. cit., p. 49.

²⁸⁴ MANZELLA, Andrea: *Il Parlamento*, Bologna, Il Mulino, 1991, pp. 17-18; y, PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “La prohibición de mandato imperativo como una garantía al servicio de la representatividad democrática”, en *Debates Constitucionales*, N° 1, Año 1999, p. 9.

²⁸⁵ GARCÍA ROCA, Javier: “Representación política y transfuguismo: la libertad ...” op. cit., p. 48.

la “integridad” que deben regir su conducta: uno (i), los titulares de los cargos públicos deben adoptar sus decisiones únicamente en términos del interés público, y dos (ii), no deben ponerse bajo ninguna obligación financiera o de otro tipo con individuos u organizaciones que puedan influenciarlos en el ejercicio de sus funciones oficiales²⁸⁶.

La representación sujeta a mandato de partido.-

A diferencia de la democracia directa y de la representativa, en la denominada democracia o Estado de partidos, se sostiene que los partidos políticos no son sólo un factor mediador entre los representados y los representantes, sino también un factor de mediatización entre el pueblo y los diputados sujetos al mandato imperativo de los partidos o de los grupos parlamentarios emanados de ellos. Aquí, el diputado ha perdido su carácter genuino de representante del pueblo y las elecciones han adquirido un carácter plebiscitario a través de las cuales el pueblo otorga su confianza y capacidad de decisión al partido como organización y no a las personas incluidas en las listas electorales, salvo el caso de los líderes del partido²⁸⁷.

La representación sujeta a mandato de partido viene a ser un efecto que pretende ser derivada de las funciones constitucionalmente reconocidas a los partidos políticos en la formación de la voluntad del Estado, y de la realidad social y política en la que prevalecen sobre los representantes individuales. A partir de ello, se afirma que en el Estado de partidos el representante no está obligado por los deseos de sus electores, ni tampoco es libre de actuar en bien del interés nacional, sino que está obligado a actuar como representante de su partido y a cumplir el programa de dicho partido²⁸⁸. No hay por la elección una relación de confianza entre los electores y los representantes individuales, sino que se expresa la confianza de los electores en unos sujetos colectivos con funciones constitucionales: los partidos políticos²⁸⁹.

²⁸⁶ *Normas de conducta para la vida pública Informe Nolan*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1996, p. 24; y, *Código de conducta para los miembros del Parlamento*, párrs. 8 y 10, en <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201516/cmcode/1076/107602.htm>.

²⁸⁷ GARCÍA PELAYO, Manuel: “El Estado de partidos”, en GARCÍA PELAYO, Manuel: *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, T. II, p. 2007.

²⁸⁸ PITKIN, Hanna Fenichel: *El concepto de representación* op. cit., p. 187.

²⁸⁹ CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo L.: “La representación como posibilidad en el Estado de partidos (Mandato libre vs. mandato de partido)”, en *Revista de Derecho Político*, N° 27-28, Año 1988, p. 42.

Así, “expresar el pluralismo político”, “concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular” y “ser instrumento fundamental de participación política” son funciones públicas, no simplemente privadas, que se concretan en diversas facultades que el ordenamiento jurídico, no sus estatutos, asignan a los partidos que presentan sus candidaturas en las elecciones²⁹⁰. El partido político desempeña una función objetiva de reducción de la complejidad política preexistente en la sociedad: ordena y agrupa las voluntades individuales en torno a posiciones colectivas políticas, y, una vez elegido, el partido hacer valer dichas posiciones en el marco de un proceso de decisión colegiada en concurrencia con otros actores que tienen el mismo fin²⁹¹.

Así también se considera a los partidos como un eslabón entre los deseos locales y los intereses nacionales porque el programa partidario se refiere a los grandes temas nacionales y los votantes de cada distrito al elegirlo, expresan su confianza y el deseo que se cumpla su programa. El representante electo está vinculado al programa a causa de sus deberes hacia el partido y hacia los deseos de los electores, concordados en la forma especial que tienen de entender el interés nacional²⁹². En relación a la posibilidad de interpretar el programa con posterioridad al acto electoral, le compete sólo al mismo partido que como órgano colectivo lo elaboró, como también le corresponde su modificación y la traición eventual del mismo, contra lo que el pueblo hace efectiva su responsabilidad política en las elecciones siguientes²⁹³.

Además, hay en la realidad política un cuadro de fenómenos concretos que niegan la vigencia del mandato representativo y que manifiestan el sometimiento real de los parlamentarios a los dictados de las organizaciones políticas a las que pertenecen²⁹⁴. Uno (i), los programas electorales sustituyen a los cuadernos de instrucciones de la época del mandato

²⁹⁰ BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.: “Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos (Comentario sobre la idea de representación política en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 21, Septiembre-Diciembre 1987, p. 210.

²⁹¹ CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo: “La quiebra de la representación política”, en *Fundamentos Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, N° 3, Año 2004, p. 231.

²⁹² PITKIN, Hanna Fenichel: *El concepto de representación* op. cit., pp. 187-188.

²⁹³ CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo L.: “La representación como posibilidad en el Estado de partidos ...” op. cit., p. 42.

²⁹⁴ DE VEGA, Pedro: “Significado constitucional de la representación política” op. cit., p. 37.

imperativo²⁹⁵; dos (ii); en la relación entre representante y partido, se impone la férrea disciplina de los partidos y la dependencia de los representantes en las votaciones parlamentarias²⁹⁶, con un sistema de sanciones al diputado indisciplinado²⁹⁷, y tres (iii); la subordinación del diputado a la maquinaria partidista en el momento en que confecciona las listas de candidatos en las elecciones siguientes²⁹⁸.

No obstante todo lo expuesto, esta posición tiene críticas que se oponen fundadamente a ella. Primero (i), los intereses del partido son parciales y especiales y no equivalen al interés nacional²⁹⁹, que postula que la sociedad sea regida por principios y valores comunes, y se supriman las ventajas y acaparamientos particulares³⁰⁰; segundo (ii), además, el programa del partido no es un cuerpo cerrado de dogmas inmutables que no puedan ser interpretados por personas distintas de acuerdo a circunstancias cambiantes, de manera que no se puede considerar que pudieran ser traicionados si se entienden de un modo diferente al del momento de la elección, o si se mantienen aferrados a los mismos cuando la mayoría lo ha abandonado³⁰¹; y tercero (iii), los partidos han demostrado una tendencia hacia la oligarquía que se manifiesta inherente a toda organización que asume dicha forma de partido³⁰², y han establecido un formalismo político a favor de la adhesión total al partido que impide la participación activa de la mayoría de los ciudadanos³⁰³.

²⁹⁵ Ibidem; y, TORRES DEL MORAL, Antonio: "Crisis del mandato representativo en el Estado de partidos" op. cit., p. 17.

²⁹⁶ Ibidem.

²⁹⁷ TORRES DEL MORAL, Antonio: "Crisis del mandato representativo en el Estado de partidos" op. cit., p. 17; y, DE VEGA, Pedro: "Significado constitucional de la representación política" op. cit., p. 37.

²⁹⁸ DE VEGA, Pedro: "Significado constitucional de la representación política" op. cit., p. 37.

²⁹⁹ PITKIN, Hanna Fenichel: *El concepto de representación* op. cit., p. 188.

³⁰⁰ ROSANVALLON, Pierre: *La legitimidad democrática ...* op. cit., p. 141. Rosanvallon señala que la legitimidad democrática no se basa sólo en elecciones y tiene tres imperativos que cumplir: la imparcialidad, la reflexividad y la proximidad. La imparcialidad obliga a distanciarse de los intereses particulares y partidarios para alcanzar el interés general, y en ese sentido las autoridades independientes, como las instituciones judiciales, están destinadas a lograr estos objetivos.

³⁰¹ RUBIO LLORENTE, Francisco: "El mandato parlamentario", en RUBIO LLORENTE, Francisco: *La forma del poder Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, Vol. II, p. 685.

³⁰² MICHELS, Robert: *Los partidos políticos Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, Buenos Aires-Madrid, Amorrortu Editores, 2008, T. I, pp. 57-58, y T. II, pp. 155-165.

³⁰³ OSTROGORSKI, Moisei: *La democracia y los partidos políticos (Conclusión de 1912)*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 30-38.

El predominio oligárquico en el seno de los partidos tiene tres tipos de causas que lo explican. Una (i), de carácter técnico y administrativo, por la necesidad de tener una organización, la imposibilidad del gobierno directo de las masas, y la exigencia de militatismo; dos (ii), de naturaleza psicológica, por la necesidad de la delegación política en los jefes y líderes, la necesidad de ellos para las masas, y la gratitud de los militantes hacia ellos; y tres (iii), de carácter intelectual, por la superioridad intelectual de los jefes y líderes profesionales sobre una masa de ciudadanos políticamente incompetentes y despolitizados³⁰⁴.

Esta tendencia oligárquica produce como efecto negativo que los partidos dejen de representar la voluntad de sus afiliados o votantes para pasar a convertirse en meros portavoces de los propios intereses de la clase dirigente del partido”³⁰⁵, lo que sirve para justificar la tesis de la inadecuación de los partidos como instrumentos de conformación y representación de los intereses colectivos³⁰⁶.

Frente a ello, la democratización interna de los partidos políticos en el momento de la selección de los candidatos electorales sirve para restringir sus poderes fácticos como auténticos soberanos y aplicarles la misma lógica del Estado constitucional: limitar su poder y garantizar espacios de libertad al ciudadano³⁰⁷, habida cuenta que a los partidos les compete el reclutamiento y selección de los candidatos que aspiran a acceder a los cargos públicos.

La democratización de los partidos ayuda a incrementar la independencia y autonomía de los representantes, permitiéndoles participar en las decisiones del grupo y defender las suyas propias³⁰⁸, y es fundamental para que el partido pueda representar realmente a su base social, porque permite a los afiliados participar activamente en los

³⁰⁴ BLANCO VALDÉS, Roberto L.: *Los partidos políticos*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 59

³⁰⁵ Idem, p. 61; y, BLANCO VALDÉS, Roberto L.: “Ley de bronce, partidos de hojalata (Crisis de los partidos y legitimidad democrática en la frontera del fin de siglo)”, en PORRAS NADALES, Antonio (Ed.): *El debate sobre la crisis de la representación política*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 191-229. El autor afirma que frente a las tendencias oligárquicas, la solución podría ser disponer legalmente que las candidaturas electorales sean elegidas por los afiliados del partido a través de un sistema de primarias (p. 222).

³⁰⁶ Ibidem.

³⁰⁷ PÉREZ-MONEO, Miguel: *La selección de candidatos electorales en los partidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 90.

³⁰⁸ Idem, p. 91.

procesos de toma de decisiones y obliga a los partidos a trasladar sus iniciativas al ámbito estatal³⁰⁹.

Una vez elegidos los representantes, la eficacia jurídica de la prohibición del mandato imperativo no puede ceñirse sólo a garantizar la independencia del representante frente a las instrucciones vinculantes de los electores³¹⁰, sino que la subsistencia de esta prohibición constitucional ha de interpretarse como una garantía de la independencia del parlamentario frente a los mandatos de su formación política y frente a la disciplina de partido³¹¹, lo que encuentra explicación en que el principio democrático, inserto en el tronco de la concepción liberal de la representación política, corrija las desviaciones oligárquicas de la misma³¹².

Así, el mandato de partido no puede ser objeto de imposición jurídica a los representantes elegidos en sus candidaturas³¹³, porque la prohibición del mandato imperativo impide la ejecución coactiva de las directrices emanadas del grupo o partido, desplegando su eficacia negativa para que el parlamentario rechace las instrucciones y se impida que el partido tenga a su alcance instrumentos jurídicos para imponer su voluntad³¹⁴.

En todo caso, si bien se admite hoy que el reconocimiento constitucional de los partidos y del pluralismo modula la relación representativa entre el pueblo y los representantes³¹⁵, a través de la acción agregativa que desarrollan los partidos³¹⁶ en el Parlamento; esta afirmación no excluye el principio fundamental esencial en el que se basa el Estado democrático-representativo, vigente también tras la incorporación constitucional

³⁰⁹ Idem, pp. 91-92.

³¹⁰ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados* ... op. cit., p. 120.

³¹¹ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados* ... op. cit., p. 120; y, GARCÍA ROCA, Javier (Ed.): *Pautas para una Reforma Constitucional* ... op. cit., p. 73. El grupo de especialistas subrayó la conveniencia de desechar la introducción de la idea de mandato de partido y mantener la prohibición constitucional de mandato imperativo al servicio de la libertad de mandato de los representantes, y que opera como garantía de la autonomía del parlamentario frente a los órganos de dirección del partido.

³¹² ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados* ... op. cit., p. 121.

³¹³ MORALES ARROYO, José María: *Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 289.

³¹⁴ MORALES ARROYO, José María: *Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales* op. cit., p. 289.

³¹⁵ ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: *Representación política y derecho fundamental*... op. cit., p. 173.

³¹⁶ Ibidem.

de los partidos, que la voluntad popular sólo se expresa propiamente como tal a través de las instituciones representativas del Estado, y en concreto del Parlamento³¹⁷.

El Parlamento es el órgano en el que se manifiesta la voluntad popular como voluntad normativa vinculante del Estado, y por tanto la concurrencia de partidos al formarse dicha voluntad no se hace al margen de dicha institución representativa³¹⁸. No es posible atribuir a los partidos la capacidad de actuar de forma directa en el Parlamento, pues para prolongar sus funciones más allá de las elecciones, los partidos necesitan de la mediación institucional de los representantes elegidos en sus listas y del grupo parlamentario que decidan constituir tales representantes³¹⁹.

3.2.- La relación de representación y la construcción de voluntad general.-

Para construir la relación de representación, si bien el representante debe tener la capacidad suficiente para actuar de modo libre e independiente, no estando sujeto a las instrucciones de los electores ni de los partidos, debe buscar satisfacer los intereses del conjunto de los representados para concretar la voluntad general de la Nación, adoptando una posición sensible, receptiva y próxima a sus deseos y opiniones, sin estar en discrepancia permanente con sus representados, y cuando considere que lo mejor es apartarse de ellos debe exponer las razones que expliquen que, para proteger sus intereses, no está bien seguir sus deseos y opiniones.

A.- La representación como “actuar por otros”.-

Frente a las formas descriptiva y simbólica³²⁰, se postula la representación como un medio de “actuación por otros”, a través de una especial actividad o modo de actuar capaz de mantener una conexión o contacto, o una relación, vínculo o cadena de comunicación entre el representante y los representados, por la que, por lo general, las acciones, opiniones, o

³¹⁷ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados ...* op. cit., p. 56.

³¹⁸ Idem, pp. 56-57.

³¹⁹ Idem, p. 57.

³²⁰ PITKIN, Hanna Fenichel: *El concepto de representación* op. cit., pp. 110-111, 113, 123-124 y 135-136. Para Pitkin, la representación descriptiva auspicia una relación por réplica o semejanza exacta en el sentido que los representantes reproducen como si fuesen un micrófono o bocina lo que la Nación hubiese hecho si estuviese en su lugar, y la representación simbólica postula que el gobernante y los representantes actúen como símbolos o modelos de los gobernados y representados, con los que se identifican y aceptan como unidad política. Ver además SMEND, Rudolf: *Constitución y Derecho Constitucional* op. cit., pp. 72-74.

ambas cosas a la vez, que tiene el representante, deben corresponder o estar de acuerdo con los deseos, necesidades o intereses de aquellos por quienes actúa, al ponerse en su lugar, tomar partido por ellos o actuar como ellos lo harían³²¹.

En la representación como “actuar por otros”, representar es desarrollar una concreta actividad que hace la persona del representante, en lugar de otra persona incapaz de realizarla por sí misma, a través de la cual el representado ausente cobra presencia en cierto sentido y para determinados efectos, y produce una relación entre representante y representado en virtud de la cual el segundo actúa a través de la actividad desarrollada por el primero³²².

El desarrollo de la representación como “actuar por otro” se enfoca en tres cuestiones: uno (i), el título o causa que legitima a una persona a actuar en lugar de otra y permite considerar que la actividad incorpora su presencia; dos (ii), el grado de vinculación del representante a la voluntad o instrucciones del representado; y tres (iii), la imputación de las acciones o sus efectos del primero al segundo³²³.

Todas estas cuestiones importan asuntos sobre los que no es posible un juicio general o apriorístico por depender de las especiales características de la acción representativa concreta. Así, uno (i), los títulos o causas pueden ser muy diversos como la autorización del representado o la disposición legal, y el consentimiento o la ausencia del mismo; dos (ii), el grado de vinculación del representante está estrechamente ligado a los títulos o causas que motivan la representación; y, tres (iii), la imputación de los efectos o consecuencias de los actos si están generalmente determinados: se imputan al representado como si él mismo los hubiese realizado³²⁴.

B.- La representación “sensible”, “receptiva” y “próxima”: la independencia parcial.-

Si bien el representante debe tener capacidad de juicio y de acción libre e independiente, la representación significa actuar en interés de los representados de manera

³²¹ PITKIN, Hanna Fenichel: *El concepto de representación* op. cit., p. 149.

³²² ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: *Representación política y derecho fundamental* ... op. cit., p. 48.

³²³ Idem, pp. 48-49.

³²⁴ Idem, pp. 49-50.

sensible a ellos, no en conflicto³²⁵, ni puede ignorarlos³²⁶, por lo que la actuación independiente del representante queda autolimitada por ciertas condiciones en relación a sus representados que influyen sobre las decisiones y acciones que toma³²⁷. La posibilidad que ocurra un conflicto entre representante y representados sobre lo que ha de hacerse, en principio, no debe ocurrir, y el representante debe que actuar de manera tal que no tenga disparidades persistentes con los deseos de los representados; pero, si alguna vez ocurriese tal conflicto, el representante debe tener mejores razones y una buena explicación para justificar que los intereses de los representados no están de acuerdo con sus deseos³²⁸.

De esta manera, se trata de superar la antinomia de las posiciones extremas de la libertad absoluta del representante para decidir (mandato libre) y la representación sujeta a instrucciones (mandato imperativo), a través del concepto fundamental de *responsiveness*, o *receptividad*, que ocupa una posición intermedia³²⁹. La idea de *responsiveness* significa la sensibilidad que tienen los representantes para estar próximos y tener la capacidad de percibir y asumir los deseos e intereses de los representados, y para dar respuestas adecuadas que atiendan a ellos³³⁰.

En la otra orilla de la relación, los ciudadanos también son cada vez más sensibles al comportamiento de los gobernantes para con ellos, desean ser escuchados, tomados en consideración, hacer valer su punto de vista, y esperan que esté atentos a sus dificultades y se muestren preocupados por lo que la gente vive, además cada uno quiere que se tenga en cuenta la particularidad de su situación y que no se someta al corte mecánico de una regla general y abstracta para todos³³¹.

³²⁵ PITKIN, Hanna Fenichel: *El concepto de representación* op. cit., p. 265.

³²⁶ MANIN, Bernard: *Los principios del gobierno representativo* op. cit., p. 210.

³²⁷ Idem, pp. 201-236. Para Manin, la independencia parcial del representante se produce por tres elementos que lo influyen y autolimitan: uno (i), la libertad de opinión pública, dos (ii), el carácter periódico de las elecciones y tres (iii), el juicio mediante la discusión.

³²⁸ PITKIN, Hanna Fenichel: *El concepto de representación* op. cit., p. 265.

³²⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: "Democracia y representación ..." op. cit., p. 150; y, GARRORENA MORALES, Ángel: "La crisis actual de la democracia representativa ..." op. cit., p. 186; para el autor, no existe tal antinomia o disyuntiva porque la representación es tanto lo uno como lo otro, es decir la atención a la opinión de los representados como la libertad del elegido.

³³⁰ Ibidem.

³³¹ ROSANVALLON, Pierre: *La legitimidad democrática* ... op cit., p. 233.

Para ello, en los sistemas democrático-representativos, aparece la libertad de opinión pública como contrapartida a la ausencia del derecho a dar instrucciones, que proporciona medios para que la voz del pueblo pueda llegar a quienes gobiernan y tiene hasta tres efectos: primero (*i*), vertical: expresar y llevar los deseos y opiniones populares a la atención de los gobernantes y representantes; dos (*ii*), horizontal: conectar a los gobernados entre sí; lo que a su vez incide en el tercero (*iii*): horizontal-vertical: cuanto más personas conozcan de las opiniones de los demás y sean compartidas por un mayor número, el incentivo será mayor para que los gobernantes y representantes las tomen en cuenta³³².

Al respecto, en el lenguaje político francés, la palabra: *proximidad*, expresa adecuadamente el tipo de relación que los ciudadanos aspiran tener con los gobernantes, y para alcanzarla en la relación entre representantes y ciudadanos, hay tres elementos o variables que deben conjugarse: uno (*i*), la postura o posición, dos (*ii*), la interacción, y tres (*iii*), la intervención³³³.

En relación al primero (*i*), la postura próxima de los representantes frente a los representados significa cercanía, estar juntos, prestar atención y tener empatía tanto física como psicológicamente; segundo (*ii*), la interacción próxima en la relación entre ambos quiere decir estar accesibles, receptivos, oír la voz de la sociedad y también significa tomarla en consideración, estar reactivos, actuar de modo transparente y aceptar explicarse sin esconderse bajo el aparato burocrático; y, en tercer lugar (*iii*), la proximidad evoca una intervención que se preocupa por cada uno en la situación y el contexto particular en que está, y prefiere el arreglo informal a la aplicación mecánica de la regla general y abstracta³³⁴.

No obstante ello, conviene aclarar que ésto no significa una mera relación de dependencia y que el representante se limite simplemente a ejecutar las opiniones populares, sino él conserva iniciativa y capacidad para resolver las necesidades e intereses sociales, y para adoptar, en caso de divergencias, decisiones objetivas basadas en un justo equilibrio o el interés superior común a todos³³⁵. Sin duda que los representantes son quienes adoptan las

³³² MANIN, Bernard: *Los principios del gobierno representativo* op. cit., p. 210.

³³³ ROSANVALLON, Pierre: *La legitimidad democrática ...* op. cit., pp. 233-234.

³³⁴ Idem, pp. 234-235.

³³⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: "Democracia y representación ..." op. cit., p. 150.

decisiones finales, pero en el marco en el que la voluntad del pueblo es una de las consideraciones a tomar en cuenta para adoptarlas³³⁶.

Aquí conviene precisar que una expresión unívoca de la opinión pública difícilmente puede ser compartida por todos los gobernados, ni siquiera por una mayoría de ellos, salvo cuando el pueblo se expresa en las elecciones, aunque podría suceder; y en la mayoría de ocasiones, hay manifestaciones de opiniones públicas parciales en el sentido que se trata sólo el punto de vista de un grupo en particular, por muy extenso que sea³³⁷.

Se aprecia que el concepto de receptividad está en una idea presente en Hegel, para quien, la representación presupone la existencia de una relación extrajurídica específica, que se funda y se manifiesta en la *confianza*: el pueblo confía en un hombre porque supone que tratará sus asuntos como si fueran los suyos propios, y que lo hará con su mejor saber y conciencia, por lo que representar no tiene el significado de que “uno está en lugar del otro”, sino el de que el interés que se tiene está “realmente actualizado” en el representante³³⁸.

A ello contribuye el carácter periódico que tienen las elecciones en los sistemas representativos, que permite a los votantes influir en las decisiones de sus representantes proporcionándoles un incentivo clave para que tengan en cuenta a la opinión pública, y la razón más poderosa es que los cambios de la opinión pública pueden prefigurar los resultados de las elecciones siguientes³³⁹.

Si bien es cierto que en la relación de representación los representantes gozan de un alto grado de autonomía, están sometidos al juicio que sobre el desempeño de su actividad se realiza principalmente por medio de elecciones por las que hace efectiva su responsabilidad³⁴⁰. En estas condiciones, los diputados están volviendo a sus distritos, a

³³⁶ MANIN, Bernard: *Los principios del gobierno representativo* op. cit., p. 210.

³³⁷ Idem, p. 211. Para el autor, así tomen la forma de manifestaciones sociales o encuestas, la expresión de la opinión pública es habitualmente es parcial y emprendida por grupos reducidos; no obstante, desde el punto de vista de quienes están en el poder, merece la pena considerarlas porque la opinión manifestada por un grupo particular, bien organizado, puede llegar a difundirse y ser lo bastante influyente en la sociedad en su conjunto, o una serie de sondeos pueden presagiar el resultado de las elecciones próximas (p. 213).

³³⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: “Democracia y Representación ...” op. cit., pp. 150-151.

³³⁹ MANIN, Bernard: *Los principios del gobierno representativo* op. cit., p. 215.

³⁴⁰ GARCÍA GUITIÁN, Elena: “Representación y participación: la rendición de cuentas en las democracias contemporáneas”, en MENÉNDEZ ALZAMORA, Manuel (Ed.), *Participación y representación política*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p.32.

cuidar su electorado, a fabricarse una imagen local, a buscar un poco de poder local que le compense su carencia de poder estatal, apareciendo la figura irónica del “diputado asistente social” al que acuden sus electores para diligenciar una gestión³⁴¹.

Aquí hay lugar a examinar la relevancia del cumplimiento por los representantes de los programas o promesas electorales ofrecidas a los electores durante la campaña electoral; si bien los representantes tienen libertad para decidir si las cumplen o no, tienen un incentivo para cumplir sus promesas porque cumplirlas es una norma social profundamente enraizada y no hacerlo arrastra un estigma que puede acarrear dificultades cuando llegue la hora de la reelección. No obstante ello, los representantes continúan siendo libres para sacrificar su reelección si, por circunstancias excepcionales, otras consideraciones les parecen más importantes que su propia carrera política, e incluso, pueden confiar en que, cuando se presenten a la reelección, podrán explicar y convencer a los votantes de que tenían buenos motivos para sus acciones, aunque hayan traicionado sus promesas³⁴².

3.3.- Medios de conexión postelectoral entre representantes y electores.-

En la relación entre representantes y representados debe discurrir un proceso de *comunicación* abierto que mantenga canales por los que fluyan las demandas y requerimientos de los ciudadanos y grupos sociales hacia los representantes, y, a su vez, circulen las respuestas y explicaciones de ellos hacia los representados. Precisamente, frente al vaciamiento de esta relación por la desvinculación de los representantes una vez elegidos, el contenido de dicha relación debe ser llenado mediante la previsión expresa de medios de conexión entre electores y elegidos durante los períodos postelectorales, que forman parte de una verdadera nueva función del Parlamento: la función de comunicación parlamentaria³⁴³.

Para establecer estos medios de comunicación postelectoral tenemos primero (i) que identificar a los grupos y movimientos sociales, organizados para defender sus intereses, para

³⁴¹ TORRES DEL MORAL, Antonio: “Crisis del mandato representativo en el Estado de partidos” op. cit., p. 17. Para el autor, este fenómeno no es todo negativo porque así el diputado está acercándose de nuevo a su electorado, el problema es que lo hace añadiendo una grieta al edificio del mandato representativo que tiene carácter de representación nacional, no local (p. 18).

³⁴² MANIN, Bernard: *Los principios del gobierno representativo* op. cit., pp. 205-206.

³⁴³ TUDELA ARANDA, José: “Parlamento y nuevas tecnologías”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *El Parlamento del siglo XXI VIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2002, pp. 130-133.

incorporarlos al trabajo del Parlamento; segundo (ii), crear registros de electores para hacer posible la comunicación con los representantes electos³⁴⁴; y, tercero (iii), poner a disposición medios o cauces de contacto entre ellos como páginas *web*, correos electrónicos o foros de discusión en internet³⁴⁵.

La necesidad de incorporar a los grupos y movimientos sociales en el trabajo parlamentario, se justifica porque en el Estado contemporáneo ha desaparecido el carácter triangular del poder monárquico del Siglo XVIII: Rey, asamblea y pueblo, y la condición de contrapeso que tenía la asamblea parlamentaria como representante de los intereses del pueblo, frente al poder del monarca soberano. Toda vez que ahora el poder del monarca no es tal y el Parlamento lo ha sustituido para convertirse en detentador del poder, la ausencia de contrapeso frente a él puede y debe ser cubierta reconociendo a los grupos y movimientos sociales dicha condición participando del trabajo parlamentario³⁴⁶.

Para ello, hay que distinguir entre los movimientos sociales organizados, que están dotados de una estructura mínima pero que son capaces de realizar acciones de presión directa, y los movimientos sociales espontáneos, que son brotes sociales que también actúan pero que desaparecen como aparecieron, carecen de estructura y es más la repudian³⁴⁷ porque en virtud a esta diferencia sólo los primeros pueden ser incorporados en las tareas parlamentarias y tener la posibilidad de actuar como contrapeso del poder³⁴⁸.

La posible incorporación de tales movimientos sociales organizados a las tareas de contrapoder debe hacerse para que puedan participar directamente en el procedimiento legislativo, poniéndolos en contacto, pero respetando que al Parlamento le corresponde la aprobación de las leyes, pues al representar sólo intereses particulares no sustituyen la función integrativa y representativa de los intereses generales que tienen los representantes

³⁴⁴ GARRORENA MORALES, Ángel: "La crisis actual de la democracia representativa ..." op. cit., pp. 204 y 206-207.

³⁴⁵ TUDELA ARANDA, José: "Parlamento y nuevas tecnologías" op. cit., p. 134.

³⁴⁶ GARRORENA MORALES, Ángel: "La crisis actual de la democracia representativa ..." op. cit., p. 203.

³⁴⁷ Idem, pp. 203-204; y, RUBIO NUÑEZ, Rafael: *Los grupos de presión*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 165.

³⁴⁸ Idem, p. 204.

parlamentarios elegidos por el pueblo para la formación democrática de la voluntad del Estado³⁴⁹.

Actualmente, no existe ni en los Reglamentos de las cámaras ni en muchas de las normas equivalentes de los Parlamentos Autonómicos una previsión específica para que estos colectivos participen en el procedimiento legislativo cuando pueden verse afectados por la aprobación de una determinada ley³⁵⁰. Pero, en el Reglamento del Congreso de la República del Perú³⁵¹ y en los nuevos Estatutos de Autonomía y Reglamentos Autonómicos aprobados se contempla la participación directa o a través de entidades asociativas en los procedimientos de elaboración de las leyes, como en Cataluña, Andalucía, Islas Baleares y Aragón³⁵². Como ya hemos visto antes, la participación de los ciudadanos, expresada en entidades o movimientos sociales, debe promoverse en las distintas etapas del procedimiento legislativo: en la fase de iniciativa mediante la iniciativa legislativa popular, en la deliberativa permitiendo la participación en audiencias, y en la final mediante el referéndum derogatorio de ser el caso³⁵³.

Por otra parte, en el contexto de la revolución tecnológica³⁵⁴, a partir del *ius communicationis*³⁵⁵, se propone la creación de espacios de comunicación postelectoral para articular la relación de representación entre representantes electos y los electores, porque la participación y función crítica de los ciudadanos no se limita a votar en las nuevas elecciones, sino porque, en el tiempo que media entre elección y elección, se abren espacios periódicos

³⁴⁹ Ibidem.

³⁵⁰ PRESNO LINERA, Miguel Ángel: "La democracia participativa ..." op. cit., p. 224.

³⁵¹ El artículo 70, párr. primero, del Reglamento del Congreso señala que los dictámenes de las comisiones deben incluir las opiniones presentadas por las organizaciones ciudadanas sobre los proyectos de ley, y que los autores de los proyectos son invitados a las sesiones de las comisiones.

³⁵² PRESNO LINERA, Miguel Ángel: "La democracia participativa ..." op. cit., pp. 224-225; y, GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, Piedad: "Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana", en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 36, Año 2015, pp. 208-209.

³⁵³ PRESNO, Miguel: "Fatiga del parlamentarismo y algunas propuestas ..." op. cit., pp. 162-163.

³⁵⁴ TUDELA ARANDA, José: *El Parlamento necesario. Parlamento y democracia en el siglo XXI*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2008, pp. 46-53.

³⁵⁵ COTINO HUESO, Lorenzo: "Tratamiento jurídico y normativo de la democracia, participación y transparencia electrónicas: presente y perspectivas", en BARRAT I ESTEVE, Jordi y FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa Ma. (Coords.): *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 237-242.

de comunicación institucionalizada entre electores y elegidos que hacen habitual esta práctica democrática y una rendición de cuentas efectiva³⁵⁶.

Para propiciar la interacción entre los representantes y los ciudadanos, es una condición imprescindible la transparencia y el acceso a la información sobre las funciones del Parlamento y las actividades de los parlamentarios, con el aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información³⁵⁷.

En el diseño de los espacios de comunicación, para identificar a los electores se propone establecer unos registros postelectorales, uno por cada partido político, en el que éstos pudieran inscribirse revelando inevitablemente el sentido de su voto, y que estarían a cargo de una entidad independiente a los partidos³⁵⁸. Una vez creados, los contactos postelectorales con los electores registrados debe hacerse a través de dos vías: una (i), las reuniones presenciales, que pueden ser entrevistas o audiencias con individuos o colectivos, y dos (ii), la utilización de las nuevas tecnologías; entre éstas, debe preferirse recurrir a las nuevas tecnologías por su fluidez y eficacia en los tiempos actuales, dejando las reuniones cuando sean indispensables para los electores³⁵⁹.

Las nuevas tecnologías ofrecen cauces a través de los cuales los parlamentarios pueden conocer los problemas, opiniones y sugerencias de los ciudadanos³⁶⁰. El recurso a las tecnologías a través de chats y foros abiertos de discusión como también audiencias públicas por internet³⁶¹, se inserta en lo que se denomina democracia o participación electrónicas o e-

³⁵⁶ GARRORENA MORALES, Ángel: "La crisis actual de la democracia representativa ..." op. cit., p. 206; y, GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad: "Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana" op. cit., pp. 194-196 y 206-208.

³⁵⁷ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad: "Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana" op. cit., pp. 194-196; PEREA FLORENCIO, Vicente: "La legislación de transparencia y los Parlamentos", en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *La transparencia desde el Parlamento XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2015, pp. 26-29; y, SARMIENTO MÉNDEZ, Xosé Antón: "¿Transparentan bien la información los Parlamentos?: Ideas sobre la calidad de los legislativos en el siglo XXI", en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *La transparencia desde el Parlamento XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2015, pp. 58-66.

³⁵⁸ GARRORENA MORALES, Ángel: "La crisis actual de la democracia representativa ..." op. cit., pp. 206-207.

³⁵⁹ Idem, p. 207. Ver además Artículo 23, lit. f, del Reglamento del Congreso de la República del Perú.

³⁶⁰ TUDELA ARANDA, José: "Parlamento y nuevas tecnologías" op. cit., p. 134.

³⁶¹ MIRÓ QUESADA RADA, Francisco: "La democracia electrónica", en MIRÓ QUESADA RADA, Francisco: *Democracia directa en América Latina*, Lima, Asociación Cultural Educacional Windsor del Perú, 2010, pp. 108-111; y, TUDELA ARANDA, José: "Parlamento y nuevas tecnologías" op. cit., pp. 134-135.

democracia, caracterizada por otorgar un papel importante a las tecnologías de la información y comunicación: TICs, en los procesos democráticos y participativos de los sistemas políticos, lo que significa que las TICs no son los protagonistas sino los instrumentos de evolución del modelo político³⁶².

Tienen básicamente dos fases: una (i), la inquisitoria, y dos (ii), la deliberativa. Por la primera (i), los ciudadanos pueden interrogar vía internet sobre su gestión a los parlamentarios y a las autoridades, abriendo un canal de representación y haciendo posible una relación fluida o no tan fluida con ellos; y a través de la segunda (ii), se crean espacios para la reflexión y argumentación que constituyen canales para la expresión de contenidos que enriquecen el debate democrático, pues sin deliberación no hay democracia porque al deliberar el ciudadano y las autoridades, expresan sus ideas y hacen planteamientos políticos alternativos, lo que también puede hacerse a través de los medios electrónicos³⁶³.

Las nuevas tecnologías permiten el desarrollo del modelo de las preguntas de iniciativa ciudadana, que consiste en proporcionar un procedimiento formal por el que los parlamentarios y los grupos pueden asumir las preguntas realizadas por los ciudadanos o grupos sociales para plantearlas al Gobierno³⁶⁴.

A partir de estudios realizados sobre el uso de las redes sociales por los parlamentarios, se aprecia que la clase política está altamente concienciada de la importancia de estas herramientas para mejorar la comunicación con la opinión pública³⁶⁵. Estas herramientas abarcan diversos fenómenos comunicativos a través de la red y alternativos a los medios de comunicación tradicionales, como el periodismo alternativo o ciudadano, los

³⁶² COTINO HUESO, Lorenzo: "Tratamiento jurídico y normativo ..." op. cit., p. 225. Para el autor, la democracia electrónica es una oportunidad para facilitar el suministro de información y fomentar la participación de los ciudadanos en el debate político, dentro de una concepción de democracia más deliberativa y participativa, pero siempre dentro del sistema de democracia representativa e indirecta, pues no se trata de acabar con ella y suplantarla por otro modelo sino de readaptar el papel de la democracia representativa (p. 226).

³⁶³ MIRÓ QUESADA RADA, Francisco: "La democracia electrónica" op. cit., pp. 108-111.

³⁶⁴ TUDELA ARANDA, José: "Parlamento y nuevas tecnologías" op. cit., pp. 135-136.

³⁶⁵ ÁLVAREZ SABALEGUI, David y RODRÍGUEZ ANDRÉS, Roberto: "Parlamentarios 2.0: presencia y actividad de diputados y senadores españoles en las redes sociales, en RUBIO NÚÑEZ, Rafael (Coord.): *Parlamentos abiertos. Tecnología y redes para la democracia*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2014, p. 256. El objetivo del artículo de los autores es analizar cómo los diputados y senadores pueden utilizar las redes sociales para dar a conocer mejor su trabajo, superar la desafección y mejorar la relación con los ciudadanos, frente a la imagen que tienen los ciudadanos de los políticos de estar alejados del pueblo, no escuchar a la calle y que no los representan (pp. 237-238).

blogs, wikis, foros, etc. o la expresión de movimientos sociales a través de la web 2.0, que supera la versión estática de la web html o 1.0, caracterizada por contener información dispuesta de forma jerárquica por el creador hacia el lector pasivo y no actualizada frecuentemente, y que al sustituirla permite la integración, interacción y selección de contenidos por el usuario, que deja de ser un mero receptor o consumidor de información, para pasar a ser un “prosumidor” de información que actúa como consumidor y productor de contenidos en deliberación continua³⁶⁶.

No obstante ello, el problema es que muchas veces los políticos entran en las redes sociales simplemente para dar una imagen de modernidad o con fines únicamente electorales, pero sin tener un verdadero compromiso para comunicarse mediante ellas y beneficiarse con lo que pueden aportar³⁶⁷.

A través de los medios tecnológicos se facilitan los contactos postelectorales por los que los representantes elegidos y los partidos se comunican con sus electores y afiliados rellenando la relación de representación que los vincula, pues la red permite que los colectivos, grupos y ciudadanos se articulen a través de ella, compartan información, deliberen, actúen y participen del poder³⁶⁸. Una vez inscritos en el registro y abiertas las vías, la participación de los electores en estos procesos de comunicación debe configurarse como un derecho que adquieren por tal condición, no de la cualidad genérica de ciudadanos, y que por ello se traduce en un conjunto de obligaciones y cargas que los partidos tendrían con ellos, más no con el resto de la ciudadanía; de esta manera, dichos electores se convertirían en una malla con entidad propia y corporeizada respecto de la formación por la cual votaron³⁶⁹.

³⁶⁶ COTINO HUESO, Lorenzo: “Tratamiento jurídico y normativo ...” op. cit., p. 228; y, MIRÓ QUESADA RADA, Francisco: “La democracia electrónica” op. cit., p. 108. Para el autor, la democracia no es sólo mayor y mejor información, es debate entre las autoridades políticas, entre ellas y los ciudadanos o entre los mismos ciudadanos, lo que da lugar a un espacio deliberativo.

³⁶⁷ ÁLVAREZ SABALEGUI, David y RODRÍGUEZ ANDRÉS, Roberto: “Parlamentarios 2.0 ...” op. cit., p. 257. Según las investigaciones, a pesar de que cada vez más diputados comunican a los ciudadanos sus cuentas de correo electrónico, el número de los que responden a los correos enviados no aumenta en la misma medida, y la actividad en Facebook mostraba que la tercera parte de ellos actualizaban su perfil pero el resto no.

³⁶⁸ COTINO HUESO, Lorenzo: “Tratamiento jurídico y normativo ...” op. cit., p. 233.

³⁶⁹ GARRORENA MORALES, Ángel: “La crisis actual de la democracia representativa ...” op. cit., p. 207.

Esto puede también utilizarse para la democratización interna de los partidos promoviendo la participación activa de los afiliados en los procesos de toma de decisiones políticas de los partidos, y puede introducir un control político a los representantes porque los afiliados tendrían la capacidad de exigir responsabilidad política, a través de mecanismos internos partidarios, tanto a sus dirigentes como a los representantes que concurrieron a las elecciones en las listas del partido³⁷⁰.

4.- Oposición política.

En el estado actual de las cosas, los parlamentarios que actúan como representantes de los ciudadanos, se constituyen en el vehículo para hacer llegar la opinión del pueblo y de los diversos grupos sociales a las asambleas parlamentarias, y para controlar al Gobierno y las mayorías en una verdadera lucha política a fin de garantizar el Estado de Derecho y la separación de poderes³⁷¹. En este contexto, las acciones e iniciativas de los representantes y los grupos minoritarios de oposición deben ser facilitadas y protegidas frente a los abusos que pudieran cometer las mayorías para frustrarlas e impedir su actividad, y cuando hagan uso arbitrario y represivo de las potestades disciplinarias de las cámaras para debilitarlos y silenciarlos³⁷².

Sobre el particular, el respeto de los derechos de las minorías se convierte en un elemento fundamental del régimen democrático, como portadores de los intereses de grupos significativos que hacen efectiva el derecho a la participación política del pueblo, y si bien no es la única, para ello no hay mejor técnica en un Estado de Derecho que el reconocimiento de verdaderos derechos exigibles ante los tribunales, al menos en el caso de las facultades más importantes para el ejercicio del mandato parlamentario³⁷³.

Por la ausencia de una contraposición frente a la representación-poder que concentra la mayoría parlamentaria, debe reconocerse la existencia de un contrapoder

³⁷⁰ PÉREZ-MONEO, Miguel: *La selección de candidatos electorales en los partidos*, op. cit., pp. 91-92.

³⁷¹ DE VERGOTTINI, Giuseppe: "La forma de oposición garantizada", en *Revista de Estudios Políticos*, N° 9, 1979, p. 10; y, SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *La oposición parlamentaria*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997, p. 40.

³⁷² TORRES MURO, Ignacio: "Los derechos de los parlamentarios" op. cit., pp. 259-261; y, TORRES MURO, Ignacio: "La disciplina parlamentaria ante el tribunal constitucional" op. cit., pp. 219-221.

³⁷³ Idem, p. 260.

institucionalizado, y en un Estado plural y democrático no puede haber más contrapeso para la mayoría que la minoría ni puede existir más *contrapoder* frente a aquélla que la oposición³⁷⁴. Por ello, la Constitución debe establecer un estatuto constitucional de la oposición y redefinir su papel, que se traduzca en una revisión efectiva de la división de poderes dirigida a constituir a la oposición en un auténtico poder del Estado al que se le encargue la función constitucional de operar como contrapoder³⁷⁵.

En tal sentido, a partir del reconocimiento constitucional de la oposición política, las facultades que desarrollen los reglamentos pasarían de ser simples derechos comunes a todos los diputados y grupos parlamentarios, siempre amenazados por la prevalencia de la mayoría, a convertirse en verdaderos derechos de la oposición, libres de tal peligro³⁷⁶.

El Tribunal Constitucional de España, a partir del derecho fundamental al ejercicio de la función representativa en términos de igualdad, ya reconoce que los representantes de la minoría como mediadores de la participación en los asuntos públicos de quienes fueron sus electores, tienen derecho a que la opinión de ellos sea oída sobre todos los asuntos que el órgano parlamentario ha de decidir; asimismo, tienen un conjunto de facultades atribuidos en cuanto representantes para ejercer la función de control político a la acción del Gobierno, impidiéndose que puedan ser perturbados como consecuencia de un entendimiento abusivo de la lógica de las mayorías³⁷⁷.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en ciertos casos ha interpretado los derechos reconocidos por las disposiciones del Convenio Europeo en el sentido que se hagan más reales y efectivos, no ilusorios ni ineficaces, y que se concilien con el espíritu que tiene el Convenio de promover y defender los ideales y valores de una sociedad democrática, otorgando protección a ciertas facultades propias al ejercicio y desempeño del cargo como la facultad de formular una pregunta al Gobierno³⁷⁸ y la libertad de expresión de los

³⁷⁴ GARRORENA MORALES, Ángel: "La crisis actual de la democracia representativa ..." op. cit., pp. 198-201.

³⁷⁵ Idem, pp. 201-202.

³⁷⁶ Idem, p. 202.

³⁷⁷ STC 32/1985, de 6 de marzo, F.J. 3; STC 214/1998, de 11 de noviembre, F.J. 4; y, STC 177/2002, de 14 de octubre, F.J. 3.

³⁷⁸ Sentencia de TEDH de 2 de marzo de 1987, asunto Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica, apar. 13.

parlamentarios de oposición³⁷⁹, y frente a las potestades disciplinarias del Parlamento cuando adopten sanciones a los parlamentarios sin haberles otorgado garantías procesales adecuadas³⁸⁰, como también lo ha hecho la jurisprudencia del Poder Judicial del Perú en este último supuesto³⁸¹.

En un caso vinculado con la protección del derecho a la vida y los derechos políticos frente a una ejecución extrajudicial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece la obligación de los Estados de proteger, otorgando condiciones y garantías debidas, a los parlamentarios de oposición en el desempeño y ejercicio efectivo y real de sus funciones y actividades políticas, frente a las amenazas, presiones y hostigamientos ilícitos por parte de agentes oficiales, que los privan de las oportunidades y posibilidades concretas de practicarlas³⁸².

4.1.- Concepto y funciones de la oposición.-

A.- Tesis negativa y positiva de la oposición.-

La legitimidad del poder político proviene de la doctrina del *pactum subjectionis* en tanto refleja el contrato celebrado entre el pueblo y el príncipe sobre los derechos y obligaciones deben respetar y cumplir³⁸³, y la oposición al poder se funda en el derecho de *resistencia* como parte fundamental del pacto social, que surge en el supuesto que el príncipe viole sus obligaciones y los derechos del pueblo. El contrato social es la primera gran construcción doctrinal de una teoría limitadora del poder porque al estar el gobernante sometido a las condiciones del pacto, el poder que tiene aparece limitado y controlado, en la

³⁷⁹ Sentencias de TEDH de 23 de abril de 1992, asunto Castells c. España, apar. 42; y, de 27 de abril de 1995, asunto Piermont c. Francia, apar. 76.

³⁸⁰ Sentencia de TEDH de 17 de mayo de 2016, asunto Karácsony y otros c. Hungría, apar. 161.

³⁸¹ Sentencia de Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima de 24 de octubre de 2013, Exp. N° 461-2013, Javier Diez Canseco Cisneros, F.J. 4.17.

³⁸² Sentencia de CIDH de 20 de mayo de 2010, caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, párrs. 175-177.

³⁸³ DE VEGA GARCÍA, Pedro: "En torno a la legitimidad constitucional", en *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, T. I, pp. 803-825; y, LANDA ARROYO, César: *Derecho Político del Gobierno y la oposición democrática*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, pp. 33-54.

medida en que, como correlato lógico del contrato, cuando las condiciones del mismo no se cumplan, el pueblo está legitimado a revocarlo³⁸⁴.

Esta interpretación del pacto social no es unánime pues hay otra formulación incompatible con el derecho de resistencia y la oposición al poder. Al respecto, hay dos teorías medievales acerca del poder que el pueblo transfiere al príncipe, conocidas como *translatio* y *concessio*. Por la primera (i), la enajenación del poder es definitiva, el pueblo conviene renunciar para siempre a todo el poder incluyendo el legislativo, quedando sujeto al emperador, y no podrá nunca revocar tal transferencia. Y en la segunda (ii), es una mera *concessio*, por la que entrega un oficio y un *usus*, la sustancia del *imperium* permanece en el pueblo, por lo cual como el poder del pueblo es superior al del emperador: *populus maior imperatore*, puede todavía hacer leyes, ejercer el control sobre el ejercicio del derecho a gobernar, y está facultado para reasumir el poder imperial si el gobernante descuida sus deberes, pudiendo someterlo a juicio y deponerlo mediante sentencia³⁸⁵.

Así, la tesis negativa descarta la posibilidad de la disidencia y de una oposición frente a la voluntad del Estado, por el mérito del contrato celebrado entre los miembros de la sociedad para instituir el Estado interpretado como *translatio imperii*, por el que todos ellos renuncian a todos sus derechos a favor del gobernante. El pacto es celebrado entre los miembros del pueblo autorizando al soberano, no entre el pueblo y el soberano, por lo que no puede haber violación del pacto por parte del soberano, y ninguno de los súbditos puede librarse de estar sujeto a él, alegando alguna violación por su parte³⁸⁶.

De esta manera, por virtud del pacto que instituyó al Estado, cada individuo es también autor de todo lo que el soberano hace, y si se queja por haber sido injuriado por su soberano se está quejando de lo que él mismo es autor, por lo que no podría acusar a sí mismo de haber sido víctima de injuria dado que autoinjuriarse es imposible³⁸⁷.

³⁸⁴ Idem, p. 809.

³⁸⁵ VON GIERKE, Otto: *Teorías políticas de la Edad Media (Edición de F. W. Maitland)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 159-160 y 164-165.

³⁸⁶ HOBBS, Thomas: *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Madrid, Alianza Editorial, 2011, pp. 159-167.

³⁸⁷ Idem, p. 162.

Para esta teoría, en todo caso, el ciudadano que convino voluntariamente el pacto, prestó su consentimiento tácito para reconocer la voluntad y las acciones que realice el soberano, y debe aceptarlos y cooperar con su realización; en el supuesto que protestase o se rehuse a cooperar, está actuando ilegítimamente y podrá ser abandonado en la situación natural anterior de guerra y ser destruido por cualquier otro hombre³⁸⁸, o por el mismo príncipe³⁸⁹.

En la Edad Media, las asambleas de los pueblos se reunían, votaban cuestiones y acordaban las decisiones, formando la voluntad colectiva de la comunidad, únicamente en base al principio de unanimidad, no habiendo opiniones disidentes entre sus integrantes luego de votarse. De esta manera, la voluntad unánime del pueblo resolvía pacíficamente un eventual conflicto armado que se podría producir al interior si un grupo minoritario prolongaba su objeción luego de la votación. Aunque no se puede hablar de una relación mayoría y minoría, una minoría preexistente antes de adoptar una decisión, quedaba sometida rigurosamente a la mayoría también preexistente, y por lo tanto la oposición posterior estaba simplemente proscrita³⁹⁰.

Frente a la concepción absolutista del poder del Estado, inspirada en la *translatio*, la teoría limitada, basada en la *concessio*, plantea que el poder de cualquier Estado está sometido a restricciones o limitaciones que está impedido transgredir, asociados a derechos esenciales como la vida, la libertad y los bienes o propiedades de las personas, y que el Estado tiene, por tanto, que cumplir con los fines para los que fue instituido, que no son otros que los de asegurar la salvaguardia o protección de los mismos, y de proveer la tranquilidad y la paz a la sociedad³⁹¹. Entre ellos, el valor máspreciado que se ha confiado en manos de los gobernantes es la vida de los súbditos, y además los gobiernos tienen por objeto, con el apoyo

³⁸⁸ Idem, pp. 161-162.

³⁸⁹ MAQUIAVELO: "El Príncipe", en *Maquiavelo*, Madrid, Gredos, 2010, pp. 17-18.

³⁹⁰ REQUEJO, Paloma: *Democracia parlamentaria y principio minoritario La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 15.

³⁹¹ LOCKE, John: "Segundo Tratado sobre el Gobierno Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del Gobierno civil", en *Locke*, Madrid, Gredos, 2013, pp. 200-207; y, CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo L.: *La regla y el principio de la mayoría*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 65-66.

de sabias leyes, preservar la libertad de los miembros de la sociedad frente a todo acto que pueda oprimirlos y abusar de ella³⁹².

En tal sentido, como todo poder delegado con una determinada finalidad se encuentra limitado por ella, si los detentadores del poder se apartan de la misma o no tratan de conseguirla, se convierte en forzoso que se ponga término a esa misión que se les confió, el poder volverá a quienes antes lo entregaron, y ellos pueden confiarlo de nuevo a las personas que juzguen capaces de asegurar su propia salvaguardia³⁹³.

De acuerdo a esta teoría, por las prestaciones que tiene, el pacto de sometimiento es un contrato bilateral en el que cada parte es tanto promitente como receptor de una promesa, tanto de derechos como de obligaciones: el soberano promete gobernar el Estado conforme a la voluntad general y los súbditos prometen obedecer sus leyes y disposiciones³⁹⁴. En consecuencia, del pacto de sometimiento se desprenden deberes plenos para cada parte, de los que surgen derechos plenos a favor de cada cual para exigirlos al otro. Uno (i), el deber pleno de obediencia al órgano estatal de la voluntad general, junto al derecho pleno por parte de dicho órgano a coaccionar a sus súbditos para que cumplan su deber. Y dos (ii), el deber pleno del soberano de actuar conforme al pacto y el derecho pleno de los súbditos de afirmar sus derechos provenientes del mismo mediante la coacción contra el soberano³⁹⁵.

En el supuesto que el soberano actúe contrariamente a la voluntad general y al pacto, la resistencia del pueblo se justifica plenamente para sacudirse del yugo de sus tiranos y volver a disfrutar de su valiosa independencia³⁹⁶. Conforme a la teoría expuesta, si el príncipe viola las obligaciones que tiene que respetar por el contrato social, el pueblo adquiere el derecho a la no obediencia, a la resistencia³⁹⁷, lo que sienta las bases del derecho de

³⁹² FEDERICO II DE PRUSIA: *Antimaquiavelo o refutación del Príncipe de Maquiavelo* (Editado en 1740 por Voltaire), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 65 y 115.

³⁹³ LOCKE, John: "Segundo Tratado sobre el Gobierno ..." op. cit., p. 211.

³⁹⁴ VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter: *Anti-Hobbes o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 103.

³⁹⁵ Idem, p. 104.

³⁹⁶ FEDERICO II DE PRUSIA: *Antimaquiavelo o Refutación del Príncipe de Maquiavelo* ... op. cit., p. 66.

³⁹⁷ DE VEGA, Pedro: "Para una teoría política de la oposición", en *Boletín Informativo de Ciencia Política*, N° 5, Diciembre de 1970, pp. 17-18.

resistencia defensivo para derrocar al gobernante injusto, y otro pasivo que no pretende derrocarlo³⁹⁸.

En otras palabras, todo ello significa que el pacto que legitima al poder es el mismo pacto que legitima a la oposición, y que la teoría de la oposición arranca de la doctrina de la resistencia, como también los derechos fundamentales³⁹⁹. Así, la doctrina de la oposición aparece en cuanto desobediencia civil como una reactualización de la resistencia al tirano, y una exigencia ética desprendida de una toma de postura personal de vigilia permanente frente al riesgo del totalitarismo⁴⁰⁰.

Hay dos formas que reviste el poder arbitrario del Estado contra las que se manifiesta el derecho de resistencia. La primera (i), la *tyrannia quoad titulum o absque titulo*, que consiste en que el gobernante es un usurpador, porque carece de justo título, no obstante que puede efectuar actos que pueden ser considerados justos; y la segunda (ii), la *tyrannia quoad exercitum o absque exercitio*, en el que el gobernante posee título legítimo para gobernar pero actúa de modo injusto⁴⁰¹.

Cuando el pueblo se resiste a estas formas de poder arbitrario no pretende destruir al Estado sino que lo sostiene en la medida en que sostiene su objetivo, que es lo único por lo que la sociedad existe como Estado. En tal sentido, desde una perspectiva jurídica, la máxima general de resistencia a un soberano injusto no es pues antagónica ni destructiva del Estado ni del contrato social, ni por tanto tampoco es una máxima autodestructiva; por el contrario, debe ser considerada como una máxima justa, humanitaria y en plena armonía con el contrato social y el fin del Estado⁴⁰².

B.- La oposición en el Estado liberal y en el Estado democrático.-

A pesar de estas concepciones, en los orígenes del Estado liberal, las revoluciones burguesas no cambiaron mucho las cosas para viabilizar la presencia de una oposición política por parte de grupos minoritarios en relación al régimen instaurado en el antiguo orden

³⁹⁸ LANDA ARROYO, César: *Derecho Político del Gobierno y la oposición democrática* op. cit., p. 36.

³⁹⁹ DE VEGA, Pedro: "Para una teoría política de la oposición" op. cit., pp. 17-18.

⁴⁰⁰ LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: *Minoría y oposición en el parlamentarismo* ... op. cit., p. 98.

⁴⁰¹ LANDA ARROYO, César: *Derecho Político del Gobierno y la oposición democrática* op. cit., pp. 36-37.

⁴⁰² VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter: *Anti-Hobbes* ... op. cit. p. 166.

medieval, porque si bien en el siglo XVIII se sustentaron en el derecho de resistencia para romper con el orden tradicional, luego deslegitimaron los principios rectores del *ius resistendi* y reconstruyeron las bases del poder estatal tanto teórica como prácticamente⁴⁰³. Por ello, las Constituciones que se derivaron de esta reestructuración del pacto político, no incorporaron tal derecho porque se asumió que la revolución burguesa contra el monarca francés y la corona inglesa, constituían *per se* la liberación del hombre mediante la derrocamiento del Rey y la ruptura del poder colonial, y de allí, en adelante se excluía la posibilidad que el pueblo vuelva a ejercer el derecho de resistencia⁴⁰⁴.

Las asambleas de los representantes del pueblo una vez constituídas requerían estar unidas y enfrentarse al poder absolutista de los Estados, para lograr su propósito máximo de reivindicar y consolidar los derechos y libertades básicas de los individuos, como espacios de autodeterminación personal infranqueables⁴⁰⁵. A esto contribuyó el sufragio censitario que produjo homogeneidad en la sociedad política, reduciendo las disidencias en cuanto a su número que no era significativo y formando cierta identidad social e ideológica alrededor de los derechos y libertades, no habiendo grandes diferencias sociales⁴⁰⁶.

Así, como consecuencia inmediata de la revolución, se estableció un nuevo orden jurídico a fin de garantizar las libertades de los ciudadanos y limitar el poder del Estado, oponiéndose a la concentración del mismo a través del principio de separación de poderes. Por este principio, en lugar de crear una institución de oposición frente a los órganos que asumieron el poder político, estableció una rivalidad en el seno de estos órganos: limitando el poder con el poder, y creando dentro de la estructura del Estado una pluralidad de órganos que compartían por igual el poder político e intervenían con independencia en el proceso de toma de decisiones políticas⁴⁰⁷.

⁴⁰³ LANDA ARROYO, César: *Derecho Político del Gobierno y la oposición democrática*, op. cit., p. 54.

⁴⁰⁴ Idem, pp. 53-54.

⁴⁰⁵ REQUEJO, Paloma: *Democracia parlamentaria y principio minoritario* ... op. cit., pp. 19-20; y, SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *La oposición parlamentaria* op. cit., 1997, p. 26. Para el autor, las minorías que existían eran las de los sectores y grupos que resistían y se oponían al nuevo Estado, en nombre del antiguo régimen.

⁴⁰⁶ REQUEJO, Paloma: *Democracia parlamentaria y principio minoritario* ... op. cit., p. 26; y, SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *La oposición parlamentaria* op. cit., p. 26.

⁴⁰⁷ FERRANDO BADÍA, Juan: "En torno a una teoría de la oposición en el sistema democrático-liberal", en *Revista de Estudios Políticos*, N° 173, Septiembre/Octubre 1970, p. 21. Para el autor, la oposición liberal funcionaba al interior del Estado, no fue externa.

Por ello, sólo después de esta etapa inicial, el Estado bajo el principio democrático supera la visión unanimitista de la sociedad y del propio Estado y consagra un nuevo valor superior: el pluralismo, mediante un conjunto de instituciones: órganos constitucionales y entidades públicas, destinadas no a mantener la situación de hecho sino a promover y defender los diversos intereses presentes en el seno de una misma sociedad, cumpliendo dos objetivos funcionales: uno (*i*), garantizar la integración inclusiva por encima de la diversidad, y dos (*ii*), tener una proyección paideica para fomentar la cultura cívica, de alto contenido ideológico, a favor de la tolerancia⁴⁰⁸.

Una comprensión del Estado democrático y constitucional a partir del pensamiento posibilista o pluralista alternativo, no está limitada a la disyuntiva de dos alternativas excluyentes, sino que se mantiene siempre abierta a cualquier otra paleta de posibilidades más amplia, a una tercera, una cuarta posibilidad, etc., y a compromisos de todo tipo; con ello, se amplía el horizonte visual para dar cabida en su seno a otras nuevas realidades que corregirán la trayectoria de las del ayer, adaptándolas y adecuándolas, sin que ello signifique necesariamente que resulten mejores por el mero hecho de su novedad⁴⁰⁹.

Así, una vez afianzado el poder del Parlamento como órgano estatal de representación popular y garante de la división de poderes, es necesario incorporar en los procedimientos parlamentarios las opiniones y críticas de los representantes de las minorías y de una oposición a la mayoría y al Gobierno, tanto en el procedimiento de formación de las leyes para que atiendan sus requerimientos, como en la función de control político sobre la mayoría y el Gobierno para cuestionar las acciones y políticas llevadas a cabo⁴¹⁰.

En esta nueva etapa, superado el recelo tradicional que las minorías despertaban en el Estado liberal, individualista, temeroso frente a las facciones e influido por las teorías partidarias de la unanimidad, la diferencia dejó de entenderse como un elemento distorsionador para convertirse en algo que venía a enriquecer el procedimiento de creación normativa. Así, rechazada en un primer momento y luego tolerada de modo más acorde con

⁴⁰⁸ LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: *La oposición parlamentaria y el orden constitucional Análisis del estatuto de la oposición en España*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 58.

⁴⁰⁹ HÄBERLE, Peter: *Pluralismo y Constitución ... op. cit.*, pp. 59-84.

⁴¹⁰ REQUEJO, Paloma: *Democracia parlamentaria y principio minoritario ... op. cit.*, p. 21.

el espíritu liberal racionalista, será vista ahora como algo positivo en el proceso de formación de la voluntad parlamentaria, pues gracias a la dialéctica argumentos y contraargumentos entre mayoría y minoría se limarán diferencias, se acercarán posturas y resultará una norma más perfecta y justa⁴¹¹.

De esta manera, este papel se reconocerá e institucionalizará con la introducción en el Estado liberal de instituciones parlamentarias, a través de las cuales el Gobierno, respaldado por la mayoría del Parlamento, se verá sometido a una oposición que realizará la doble función de controlar al Ejecutivo y ofrecer políticas alternativas a las de la mayoría y su Gobierno⁴¹². A diferencia del control interorgánico que caracterizó a la lucha del Parlamento contra el Gobierno en la anterior etapa, el conflicto político sigue líneas intraorgánicas en la nueva etapa del Estado democrático⁴¹³.

C.- Conceptos y tipos.-

Para explicar el Estado democrático en cuanto contrapuesto al gobierno autocrático, se parte por afirmar que la democracia se caracteriza por un conjunto de reglas fundamentales que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos. Entre éstas, la regla fundamental es la regla de la mayoría, con base en la cual se consideran decisiones colectivas y por tanto obligatorias para todo el grupo, las decisiones aprobadas al menos por la mayoría de quienes deben de tomar la decisión⁴¹⁴.

El problema está en que la experiencia demuestra que la identidad democracia = imperio de la mayoría no solamente protege poco y mal la democracia sino también su fundamento verdadero y presupuesto previo: los derechos y libertades⁴¹⁵.

Por esta experiencia negativa, la legitimidad de la democracia en libertad no se puede fundar sólo en la regla mayoritaria sino en priorizar el principio del consenso para adoptar los acuerdos, quedando el principio mayoritario como solución necesaria cuando no pueda

⁴¹¹ Ibidem; y, LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: *Minoría y Oposición en el Parlamentarismo* ... op. cit., pp. 71-79.

⁴¹² Ibidem.

⁴¹³ SÁNCHEZ Navarro, Ángel J.: "El estatuto constitucional de la oposición política", en *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, N° 9, 1991, p. 26.

⁴¹⁴ BOBBIO, Norberto: *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 24-25.

⁴¹⁵ LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: *Minoría y oposición en el parlamentarismo* ... op. cit., p. 29.

formarse. Esto significa que el principio mayoritario sólo contiene un modelo de decisión objetivamente justificado bajo dos condiciones básicas que hacen que la decisión mayoritaria adquiera legitimidad democrática plena: uno (i), si hay imposibilidad de llegar a un consenso, se hace necesario tomar la decisión por mayoría y dos (ii), si esta decisión afecta a las minorías, debe existir la posibilidad de que la relación de fuerzas entre mayoría y minoría varíe, de modo tal que la minoría tenga de hecho las mismas posibilidades de convertirse en mayoría⁴¹⁶.

Si bien la regla de la mayoría rige en la adopción de las decisiones por el poder democrático, hay que precisar que la democracia en cuanto proceso político no pertenece a la mayoría sino que es cosa de todo el pueblo, y por tanto no es tarea exclusiva de la mayoría sino también de las minorías⁴¹⁷ y de la oposición a la mayoría parlamentaria y al Gobierno, por lo que conviene afirmar que la regla de la mayoría supone los derechos de las minorías, mínimamente el derecho a existir en términos de derechos fundamentales⁴¹⁸.

La oposición parlamentaria no es tan sólo un inevitable producto marginal del parlamentarismo, basado en el principio mayoritario, sino que constituye un elemento funcional imprescindible del orden democrático, porque la democracia consiste en un gobierno en interés del pueblo, conferido por un tiempo determinado por necesitar legitimación periódica, y siempre sometido a control⁴¹⁹.

Por ello, la oposición es acertadamente considerada como parte esencial del conjunto del proceso político, como la *altera pars* del poder o el gobierno⁴²⁰, en tanto el desarrollo de ese proceso que facilite la oposición, la rivalidad y la competencia entre el gobierno y sus antagonistas, es una faceta importante de la democracia⁴²¹.

⁴¹⁶ MAIHOFER, Werner: "Principios de una democracia en libertad", en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE y HEYDE: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, pp. 260-265.

⁴¹⁷ HESSE, Konrad: "Democracia", en HESSE, Konrad: *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 144.

⁴¹⁸ CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo L.: *La regla y el principio de la mayoría* op. cit., p. 66.

⁴¹⁹ SCHNEIDER, Juan P.: "El régimen parlamentario" op. cit., p. 366

⁴²⁰ INOESCU, Ghita y DE MADARIAGA, Isabel: *La oposición Pasado y presente de una institución política*, Madrid, Espasa-Calpe, 1977, p. 16.

⁴²¹ DAHL, Robert A.: *La poliarquía Participación y oposición*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 13.

No obstante ello, históricamente, no ha resultado nada fácil para los sistemas políticos reconocer y valorar el papel y la contribución de la oposición a su funcionamiento, y sólo cuando lo han hecho, han dejado de ser autoritarios para convertirse en democráticos⁴²²; además, a pesar del papel y contribución valiosa que juega, el tema de la oposición parlamentaria ha sido habitualmente descuidado por los constitucionalistas y los textos constitucionales o las legislaciones estatales se han ocupado poco del fenómeno de la oposición⁴²³.

Debe recordarse que los sistemas democráticos han evolucionado entre los múltiples intentos de afirmar el acceso de la oposición al Gobierno y los correspondientes actos de represión por parte de las autoridades gubernamentales de cualquier tipo⁴²⁴; por ello, todo análisis de la historia del poder debe necesariamente abarcar a la oposición como su contrapartida dialéctica, no pudiendo separarse⁴²⁵. Esto ocurre pues donde hay sociedad hay poder y una batalla entablada entre, por una parte, los que se hallan usufructuándolo para continuar poseyéndolo, y, por otra, aquél grupo o grupos más o menos amplio que se oponen al Gobierno establecido con el fin de derribarlo y sustituirlo⁴²⁶.

Ahora intentar un sólo concepto de oposición o afinar una sola o dos funciones determinadas para ella, son tareas imposibles por su propia naturaleza polémica generadora *per se* de disidencias y objeciones incluso contra sí misma, en el marco del principio del pluralismo democrático. No es posible un concepto unívoco en relación a la idea de la oposición; por ello, en sentido amplio, abarca a todas las formas en que se ha manifestado a lo largo de la historia, que se pueden clasificar utilizando dicotomías: legal o de hecho, pública o clandestina, constructiva o subversiva, pacífica o violenta, entre otras. Pero, en sentido estricto, se trata de una fuerza alternativa institucional que se manifiesta en el Estado contemporáneo, con cierta unidad de convicciones, que influye en el ejercicio del poder

⁴²² PASQUINO, Gianfranco: *La oposición*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 39.

⁴²³ DE VERGOTTINI, Giuseppe: "La forma de oposición garantizada" op. cit., p. 5.

⁴²⁴ PASQUINO, Gianfranco: *La oposición* op. cit., pp. 39-40.

⁴²⁵ INOESCU, Ghita y DE MADARIAGA, Isabel: *La oposición ...* op. cit., p. 17.

⁴²⁶ FERRANDO BADÍA, Juan: "En torno a una teoría de la oposición ..." op. cit., pp. 29-30.

mediante el control del mismo cuando no lo ejerce, y que aspira a ejercer en el futuro el poder como gobierno⁴²⁷.

El pluralismo democrático no implica abarcar todas las variedades posibles de oposición fáctica, sino que por ser precisamente democrático actúa también para limitarlas y permitir aquellas formas legítimas que compartan los valores y convicciones esenciales para la sociedad, que el ordenamiento constitucional postula y convierte en límites estatales de permisividad. Por ello, las hipótesis de subversión y violencia caracterizan a una oposición ilegítima y proscrita por el orden constitucional y democrático, y activan los medios de autoprotección y defensa de la Constitución frente a la eventualidad de una ruptura antidemocrática, sin que el poder especial conferido para la autoprotección de la Constitución pueda ser utilizado para suprimir la oposición legítima, ni deshacerse del Parlamento y del control de las minorías opositoras⁴²⁸.

Además del significado ciertamente objetivo y funcional previamente enunciado, como la función o actividad de control de la actuación del gobierno para condicionar o influenciar su línea política desde una orientación programática distinta y con el fin de llegar a reemplazarlo en el ejercicio del poder, el concepto de la oposición como organización en sentido subjetivo hace referencia a aquellos grupos excluidos del poder político y que representan intereses, principios o valores distintos de los sustentados por la mayoría parlamentaria y el gobierno⁴²⁹.

En resumen, la oposición es una actividad funcional dirigida a controlar la acción del Gobierno, condicionando e influyendo en la orientación del mismo en base a su distinta trayectoria programática y con miras a la sustitución futura del equipo gobernante, y que es llevada a cabo por los grupos parlamentarios minoritarios como organizaciones subjetivas que están fuera de la mayoría y del Gobierno⁴³⁰.

⁴²⁷ Idem, pp. 29 y 32.

⁴²⁸ LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: *La oposición parlamentaria y el orden constitucional* ... op. cit., pp. 61 y 149-166.

⁴²⁹ SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: "El estatuto constitucional de la oposición política" op. cit., p. 14.

⁴³⁰ DE VERGOTTINI, Giuseppe: "La forma de oposición garantizada" op. cit., p. 7.

Esto nos permite distinguir entre lo que es la oposición parlamentaria propiamente dicha, y por contraste lo que es la oposición extraparlamentaria. Mientras que la primera es aquella que lleva a cabo su función de oposición en el seno del órgano asambleario representativo, la segunda comprende a los movimientos políticos y sociales que actúan al margen de la escena política oficial, tales como movimientos opositores de nueva izquierda, no tradicional, así como grupos ecologistas, pacifistas, feministas, entre otros, y que aglutinan amplios sectores sociales: jóvenes, estudiantes, profesionales, mujeres y parcialmente obreros⁴³¹.

No es una separación tajante porque la comunicación postelectoral antes vista permite contactar a la oposición extraparlamentaria con la parlamentaria para que la represente en el ámbito oficial, y la responsabilidad política difusa traslada los resultados de las acciones de control parlamentario al ámbito extraparlamentario que se manifiesta en las siguientes elecciones en las que el electorado juzga el poder ejercido por las autoridades antes electas, como examinamos en los apartados 7.2 C del capítulo V y 6 del capítulo VI, a los que nos remitimos.

Conviene precisar aquí que la oposición parlamentaria está presente en todas las formas de gobierno que se reconducen a la matriz del Estado liberal, aún cuando se le considera conectada con la forma de gobierno parlamentaria, apareciendo también en las formas presidencial y semipresidencial⁴³². Por ello, es posible hablar de una oposición política, legítima e institucionalizada en el Parlamento conforme a la Constitución, no sólo en la forma de gobierno parlamentaria, que tiene un componente subjetivo en cuanto organización de las minorías en las cámaras, y uno objetivo en cuanto a la participación de estas minorías en todas y cada una de las funciones parlamentarias, cuyos límites implícitos son deducibles del ordenamiento constitucional en el marco del pluralismo democrático⁴³³.

⁴³¹ LANDA ARROYO, César: *Derecho Político del Gobierno y la oposición democrática* op. cit., pp. 127-128.

⁴³² DE VERGOTTINI, Giuseppe: "La forma de oposición garantizada" op. cit., p. 8.

⁴³³ LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: *La oposición parlamentaria y el orden constitucional ...* op. cit., pp. 165-168.

D.- Funciones de la oposición.-

La oposición política cuando actúa y participa en las actividades parlamentarias típicas de dirección política, legislación y control⁴³⁴, cumple las siguientes funciones relevantes en el Estado democrático. Primero (i), garantizar el principio de la separación de poderes⁴³⁵ al actuar como *contrapoder* o *antipoder* del Estado⁴³⁶; segundo (ii), hacer posible la apertura y el pluralismo para el ejercicio libre de los derechos fundamentales⁴³⁷; tercero (iii), criticar al Gobierno e influir en él para que corrija sus errores, amplíe sus criterios de actuación o modere sus aristas⁴³⁸; cuarto (iv), integrar demandas o valores de sectores sociales, ideológicos o culturales no acogidos por la mayoría⁴³⁹; quinto (v), plantear un programa de gobierno alternativo al sustentado por la mayoría y aplicado por el gobierno, como expresión del pluralismo político y de la voluntad de parte de la sociedad⁴⁴⁰; y, sexto (vi), proyectarse como alternativa futura de Gobierno o Gobierno en Espera⁴⁴¹, que provoque el relevo en el poder político⁴⁴².

Para empezar, (i) la función primera y principal que realiza la oposición, por el mero hecho de existir como tal, es la de garantizar la separación de poderes y el Estado democrático de Derecho⁴⁴³, cuando se constituye como contraposición al poder, contrapoder o antipoder⁴⁴⁴, mediante la articulación jurídica de un conjunto de instrumentos de crítica y

⁴³⁴ SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *La oposición parlamentaria* op. cit., pp. 40-43.

⁴³⁵ Idem, p. 40.

⁴³⁶ INOESCU, Ghita y DE MADARIAGA, Isabel: *La oposición ...* op. cit., p. 17; DE VERGOTTINI, Giuseppe: “La forma de oposición garantizada” op. cit., p. 13; y, DE VEGA, Pedro: “Para una teoría política de la oposición” op. cit., p. 13.

⁴³⁷ HÄBERLE, Peter: *Pluralismo y Constitución ...* op. cit., pp. 62-70.

⁴³⁸ MOLAS, Isidre: “La oposición en el parlamentarismo mayoritario”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 2, Enero-Abril 1989, p. 61; y, MOLAS I BATLLORI, Isidre: “La oposición parlamentaria en el siglo XXI”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *El Parlamento del siglo XXI VIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2002, pp. 71 y 75-76.

⁴³⁹ MOLAS, Isidre: “La oposición en el parlamentarismo mayoritario” op. cit., p. 59; y, MOLAS I BATLLORI, Isidre: “La oposición parlamentaria en el siglo XXI” op. cit., p. 71.

⁴⁴⁰ SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *La oposición parlamentaria* op. cit., p. 40; y, MOLAS, Isidre: “La oposición en el parlamentarismo mayoritario” op. cit., p. 59.

⁴⁴¹ Idem, p. 42; y, MOLAS, Isidre: “La oposición en el parlamentarismo mayoritario” op. cit., p. 59.

⁴⁴² SCHNEIDER, Juan P.: “El régimen parlamentario” op. cit., p. 366.

⁴⁴³ SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *La oposición parlamentaria* op. cit., p. 40.

⁴⁴⁴ INOESCU, Ghita y DE MADARIAGA, Isabel: *La oposición ...* op. cit., p. 17; DE VERGOTTINI, Giuseppe: “La forma de oposición garantizada” op. cit., p. 13; y, DE VEGA, Pedro: “Para una teoría política de la oposición” op. cit., p. 13.

control de la actuación del Poder Ejecutivo y de la mayoría, que por su especial relevancia repercute en el funcionamiento del sistema democrático, mereciendo reconocimiento constitucional expreso⁴⁴⁵.

La separación de poderes como contraposición del Poder Legislativo frente al Poder Ejecutivo se desvaneció por el desdoblamiento sucesivo del Ejecutivo entre soberano y Gobierno y la vinculación que tiene éste con el sector mayoritario del Parlamento, lo que produjo que se modifique en los términos de contraposición de la función del Gobierno y la función de oposición a cargo del sector minoritario del Parlamento, pues el sector mayoritario actúa apoyando la función del Gobierno⁴⁴⁶.

De esta manera, el principio de separación, entendido como principio garantizador del control político sobre el Gobierno, carece de consistencia real si se aplica a las relaciones entre órgano parlamentario y órgano de gobierno, mientras que sí tiene fundamento cuando sea aplicado a las relaciones entre las minorías de oposición y el binomio político: Gobierno-mayoría⁴⁴⁷. Por ello, en el gobierno representativo como *government by discussion*⁴⁴⁸ se realiza el debate público de las opiniones políticas de la mayoría y la minoría, entre el partido de gobierno y la oposición, buscando el acuerdo común sobre la base de la deliberación de argumentos y contraargumentos⁴⁴⁹, para la cual la existencia de la oposición pertenece a la esencia misma del Parlamento en la medida que contribuye a que esté equilibrado en sí mismo, mediante el contrapeso de los distintos puntos de vista y las diversas opiniones⁴⁵⁰.

En segundo lugar (*ii*), el reconocimiento de la oposición es un elemento fundamental para que el orden democrático y constitucional sea abierto y lo más plural posible que permita el ejercicio de las libertades y derechos fundamentales de las personas. La tolerancia, el

⁴⁴⁵ SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *La oposición parlamentaria* op. cit., p. 40.

⁴⁴⁶ DE VERGOTTINI, Giuseppe: "La forma de oposición garantizada" op. cit., p. 10.

⁴⁴⁷ Idem, pp. 10-11.

⁴⁴⁸ MANIN, Bernard: *Los principios del gobierno representativo*, op. cit., pp. 225-236; SCHMITT, Carl: *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo ...* op. cit., pp. 71-88; y, SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución* op. cit., pp. 401-402.

⁴⁴⁹ SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución* op. cit., p. 401. Para Schmitt, según el parlamentarismo liberal, entre la dictadura del absolutismo monárquico: dominio del despotismo simple, y la democracia directa: dominio de la masa impulsada por pasiones e intereses, el Parlamento como verdadero punto medio, encuentra en la discusión pública la verdad razonable y la norma justa.

⁴⁵⁰ SCHMITT, Carl: *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo ...* op. cit., pp. 85-86.

pluralismo, los derechos de las minorías, la representatividad de intereses no organizados ni institucionalizados y los derechos sociales y culturales son conceptos que la reflexión posibilista postula cada vez con más fuerza para lograr que el orden constitucional sea cada vez más abierto y plural⁴⁵¹. Por lo general, los derechos fundamentales representan igualmente el vehículo y depósito de las diversas alternativas e innovaciones, por lo que hacen posible el pluralismo democrático⁴⁵².

La apertura del sistema constitucional y legal resulta importante para las libertades y derechos fundamentales de las personas⁴⁵³. La libertad es sinónimo de alternativas y de posibilidades, y la igualdad de oportunidades significa la búsqueda de la ampliación de prestaciones inherentes a los derechos constitucionales básicos para que hagan posible las elecciones de alternativas por parte de la ciudadanía⁴⁵⁴.

En tercer término (*iii*), la oposición no tiene la única misión de preparar su alternativa para ser mayoría, sino que su actividad se dirige también a influir en el Gobierno a fin que éste corrija sus errores, amplíe sus criterios de actuación o modere sus aristas⁴⁵⁵, así las minorías asumen la fiscalización y formulación de juicios de evaluación sobre la gestión del Gobierno⁴⁵⁶; dentro de la cual la crítica concreta y constructiva al Gobierno es una de las variantes de la crítica general de la oposición⁴⁵⁷. La posibilidad y existencia de una crítica puntual y detallada genera ya una cierta autocontención y ahorro de errores por parte del Gobierno, y además la información, las propuestas y el debate contribuyen a la publicidad de los errores cometidos generando más autocontrol⁴⁵⁸.

La oposición puede legítimamente expresar su disenso respecto a las orientaciones mayoritarias adoptadas por el Gobierno, actuando como orientación, impulso o dirección negativa⁴⁵⁹, que controla las realizadas positivamente por el Gobierno. Como el

⁴⁵¹ HÄBERLE, Peter: *Pluralismo y Constitución* ... op. cit., pp. 63-64.

⁴⁵² Idem, pp. 68-69.

⁴⁵³ Idem, pp. 67-70.

⁴⁵⁴ Idem, p. 69.

⁴⁵⁵ MOLAS, Isidre: "La oposición en el parlamentarismo mayoritario" op. cit., p. 61; y, MOLAS I BATLLORI, Isidre: "La oposición parlamentaria en el siglo XXI" op. cit., pp. 71 y 75-76.

⁴⁵⁶ LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: *Minoría y oposición en el parlamentarismo* ... op. cit., pp. 154-155.

⁴⁵⁷ MOLAS, Isidre: "La oposición en el parlamentarismo mayoritario" op. cit., p. 61.

⁴⁵⁸ Ibidem.

⁴⁵⁹ DE VERGOTTINI, Giuseppe: "La forma de oposición garantizada" op. cit., p. 9.

Parlamento representa la instrucción y razón nacional y reúne en sí toda la intelectualidad del pueblo, puede surgir de una discusión auténtica la voluntad auténtica de todo el pueblo, como una *volonté générale*⁴⁶⁰.

Con todo ello se ha consumado, por la vía de los hechos, la subsunción del rol de la oposición y de la función de control⁴⁶¹, pasando la función de control en gran medida del Parlamento como institución a la oposición porque los contrincantes políticos no son ya, como sucedía en las monarquías constitucionales, los gabinetes ministeriales de los principados frente a las representaciones populares, sino el Gobierno, incluida la mayoría parlamentaria que lo apoya, frente a la oposición parlamentaria⁴⁶².

En cuarto lugar (*iv*), la oposición expresa los intereses de los sectores sociales, ideológicos o culturales que se consideran minusvalorados en el orden de prioridades del Gobierno, y tiende a reforzar el carácter integrativo en el sistema político democrático de aquellos grupos alejados de los centros de preocupación principal de la mayoría, y de todas las demandas o valores de dichos sectores cuya expresión no son recogidas o lo son parcialmente⁴⁶³.

Si las propuestas e intereses de la mayoría son llevados a cabo por el Gobierno, el papel de la oposición en el proceso democrático es llevar las propuestas e intereses de las minorías sociales para que estén presentes todos los grupos y sectores de la comunidad⁴⁶⁴. Para evitar la desvinculación del Parlamento de las posiciones e intereses de las minorías que no se sienten representadas bajo el signo político de la mayoría, es preciso reforzar las potencialidades expresivas y funcionales de la oposición porque ésta está más necesitada de

⁴⁶⁰ SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución* op. cit., p. 401; y, SCHMITT, Carl: *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo ...* op. cit., pp. 75-77.

⁴⁶¹ LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: *Minoría y oposición en el parlamentarismo ...* op. cit., p. 155.

⁴⁶² SCHNEIDER, Hans Peter: "Oposición e información El derecho de revisión de expedientes administrativos como derecho parlamentario de la minoría", en SCHNEIDER, Hans Peter: *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 171-172.

⁴⁶³ MOLAS, Isidre: "La oposición en el parlamentarismo mayoritario" op. cit., p. 59 y 62; y, MOLAS I BATLLORI, Isidre: "La oposición parlamentaria en el siglo XXI" op. cit., p. 71.

⁴⁶⁴ LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: *Minoría y oposición en el parlamentarismo ...* op. cit., pp. 29-30.

un *locus* institucional que la propia mayoría cuyas propuestas se encuentran ya trasladadas y recogidas por el aparato de gobierno⁴⁶⁵.

En quinto lugar (v), el programa alternativo de gobierno que tiene la oposición no puede entenderse sólo proyectado hacia el futuro como posible mayoría del mañana, sino que debe considerarse también como expresión en el presente de la voluntad actual de parte de la sociedad⁴⁶⁶, porque al formular sus discrepancias al programa que ejecuta el Gobierno, la oposición formula y plantea una orientación y dirección política de carácter alternativo⁴⁶⁷, mediante un programa distinto y contrario al que se está aplicando, máxime si la Constitución protege también a las minorías que no tienen posibilidad ni aspiran a ser mayoría ni Gobierno⁴⁶⁸. La oposición debe actuar como gobierno posible, porque como tal es un Gobierno en ciernes, sea con *Cabinet Shadow* estructurado o sin él⁴⁶⁹.

En sexto término (vi), la oposición actúa criticando al Gobierno existente como inadecuado, teniendo como norte convencer al electorado de la conveniencia de votar por la otra mayoría posible, que cuenta ya con un programa articulado, un líder reconocido y un equipo de gobierno preparado⁴⁷⁰. De esta manera, se comporta como Gobierno en espera⁴⁷¹, pues, al mismo tiempo, la oposición busca también proyectarse desde el Parlamento hacia la opinión pública, para que en las siguientes elecciones otorgue su apoyo a su programa de gobierno expuesto durante la legislatura⁴⁷².

De esta manera, del principio democrático de la alternancia, la oposición parlamentaria extrae la justificación de su propia existencia para cumplir la encomienda constitucional de originar el relevo en el poder político⁴⁷³. Si bien es posible en el sistema parlamentario hacer efectiva la responsabilidad del Gobierno sin esperar la convocatoria de las siguientes elecciones, a través del voto negativo de una solicitud de confianza o de la

⁴⁶⁵ Idem, p. 29.

⁴⁶⁶ SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *La oposición parlamentaria* op. cit., p. 40.

⁴⁶⁷ DE VERGOTTINI, Giuseppe: "La forma de oposición garantizada" op. cit., p. 9.

⁴⁶⁸ HESSE, Konrad: "Democracia" op. cit., p. 145.

⁴⁶⁹ MOLAS, Isidre: "La oposición en el parlamentarismo mayoritario" op. cit., p. 59.

⁴⁷⁰ Idem, p. 60; y, MOLAS I BATLLORI, Isidre: "La oposición parlamentaria en el siglo XXI" op. cit., pp. 71 y 74-75.

⁴⁷¹ SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *La oposición parlamentaria* op. cit., p. 42.

⁴⁷² LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: *Minoría y oposición en el parlamentarismo ...* op. cit., p. 216.

⁴⁷³ SCHNEIDER, Juan P.: "El régimen parlamentario" op. cit., p. 366.

censura de la acción del Gobierno en ejercicio⁴⁷⁴, la vía normal para el cambio de la mayoría es la correlación directa voto popular-mayoría, por lo que la oposición se dirige a hacer posible la aparición de su propia mayoría en las elecciones siguientes⁴⁷⁵.

4.2.- Estatuto constitucional de la oposición parlamentaria.-

El Estado sólo puede calificarse como democrático cuando garantiza jurídicamente el ejercicio de la función de oposición⁴⁷⁶, atribuyéndole una esfera inviolable de actuación a las minorías no sujeta a las decisiones de la voluntad mayoritaria⁴⁷⁷ a través del establecimiento del “estatuto jurídico de la oposición” como un conjunto de derechos y facultades que se reconocen a las minorías que integran el sujeto político de la oposición consideradas de forma unitaria y sistemática⁴⁷⁸. En contraste, se tratan de Estados seudodemocráticos o democracias de fachada, aquéllos que si bien asimilan instituciones parlamentarias, no garantizan los derechos de las minorías y excluyen la posibilidad de la oposición política⁴⁷⁹.

Si bien en sentido estricto, dicha expresión se refiere a la existencia de un conjunto de normas escritas, principalmente de carácter legislativo para regular la primera minoría política por haber alcanzado la segunda mayor votación, se debe precisar primero (*i*), que el término estatuto jurídico debe comprender, en el ámbito constitucional y parlamentario, tanto las reglas formalizadas como las costumbres o prácticas, y segundo (*ii*), el término oposición ha de englobar no sólo a la primera minoría opositora sino también a las minorías que constituyen la oposición en los sistemas multipartidistas, pues lo que identifica a la oposición es la función constitucional que realiza en el sistema, no su reconocimiento formalizado⁴⁸⁰.

El reconocimiento jurídico-constitucional de la oposición en el modelo británico merece atención especial porque dada su importancia ciertas leyes han formalizado la posición constitucional del *leader* de la oposición parlamentaria; de acuerdo a estas leyes, se considera *leader* de la oposición oficial al miembro del parlamento que es el *leader* del

⁴⁷⁴ LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: *Minoría y oposición en el parlamentarismo* ... op. cit., p. 216.

⁴⁷⁵ MOLAS, Isidre: “La oposición en el parlamentarismo mayoritario” op. cit., p. 61.

⁴⁷⁶ SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *La oposición parlamentaria* op. cit., p. 53.

⁴⁷⁷ CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo L.: *La regla y el principio de la mayoría* op. cit., p. 66.

⁴⁷⁸ SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *La oposición parlamentaria* op. cit., p. 59.

⁴⁷⁹ DE VERGOTTINI, Giuseppe: “La forma de oposición garantizada” op. cit., p. 8.

⁴⁸⁰ SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *La oposición parlamentaria* op. cit., pp. 58-59; y, DE VERGOTTINI, Giuseppe: “la forma de oposición garantizada” op. cit., p. 9.

partido de la oposición con mayor fuerza numérica en la Cámara de los Comunes, y si hubiese duda del partido de la oposición con más seguidores o sobre el *leader* de tal partido, el *speaker* se encargará de decidir por escrito en instancia única⁴⁸¹.

Precisamente, es una de las más típicas características de la Constitución Inglesa: el gabinete sombra de la oposición: *Shadow Cabinet*, máximo ejemplo de institucionalización de la función de oposición parlamentaria⁴⁸². Mientras, por un lado, el gabinete en la sombra: *Shadow Cabinet*, es presidido por el *leader* de la oposición parlamentaria, considerado como órgano de gobierno de la oposición, por el otro, el gabinete ministerial: *Cabinet*, es presidido por el *Premier* como el *leader* del partido de la mayoría y del órgano de gobierno⁴⁸³. El denominado jefe de la leal oposición de su majestad encabeza una institución: la oposición⁴⁸⁴, y personifica dos funciones básicas: uno (i), él actúa como un guardián público siguiendo las acciones del Gobierno bajo escrutinio, y dos (ii), proporciona un elemento de opción para el electorado por colocarse como un Primer Ministro alternativo en la cabeza de un Gobierno alternativo⁴⁸⁵.

Sobre el particular, toda la organización parlamentaria del partido mayor de la oposición se modela conforme a la organización del gobierno, con un primer ministro en la sombra contrapuesto al primer ministro, un gabinete en la sombra contrapuesto al gabinete ministerial, así como comités del gabinete, y un grupo de parlamentarios instalados en el *front bench* con encargos específicos para los debates del Pleno. Esto significa que se ha aplicado también para el gabinete en la sombra, la práctica del gabinete restringido, la organización de comisiones de ministros en la sombra con competencias sectoriales, y la institucionalización de departamentos administrativos destinados a servir de contrapeso a los gubernamentales⁴⁸⁶.

⁴⁸¹ DE VERGOTTINI, Giuseppe: *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1985, p. 438.

⁴⁸² DE VERGOTTINI, Giuseppe: "La forma de oposición garantizada" op. cit., p. 22; y, JENNINGS, Sir Ivor: *El régimen político de la Gran Bretaña*, Madrid, Tecnos, 1962, p. 121.

⁴⁸³ DE VERGOTTINI, Giuseppe: *Derecho Constitucional Comparado* op. cit., p. 437.

⁴⁸⁴ INOESCU, Ghita y DE MADARIAGA, Isabel: *La oposición ...* op. cit., p. 15.

⁴⁸⁵ PUNNETT, R. M.: *Front-bench opposition The role of the leader of the opposition, the shadow cabinet and shadow government in british politics*, London, Heinemann, 1973, p. 77.

⁴⁸⁶ DE VERGOTTINI, Giuseppe: *Derecho Constitucional Comparado* op. cit., p. 437; DE VERGOTTINI, Giuseppe: "La forma de oposición garantizada" op. cit., p. 23; y, PUNNETT, R. M.: *Front-bench opposition ...* op. cit. pp. 74-75.

Además, desde la primera década del Siglo XX se han asentando reglas convencionales relativas al gabinete en la sombra que están modeladas en base a las que se habían desarrollado a propósito del gabinete gubernamental; entre éstas, una de las más importantes es la obligación de respetar la cohesión política del consejo de ministros en la sombra y de dimitir del mismo en caso de disentir con la línea oficial de la oposición⁴⁸⁷.

Por último, hay previsiones legales que establecen el pago de estipendios a los parlamentarios investidos de las funciones de gobierno y de las funciones de oposición, tomando como referencia la exclusividad de la actividad prestada, acentuando la asimilación de ambas funciones, lo que implica que dada su importancia para la buena marcha del Gobierno se dota al jefe de la oposición de un salario adicional al que tiene como miembro del Parlamento, con cargo a los fondos públicos y en última instancia de los bolsillos de los contribuyentes⁴⁸⁸.

De esta manera, la oposición de su majestad se constituye en un auténtico contrapoder en relación al Gobierno de su majestad⁴⁸⁹, y se encuentra a la espera de transformarse en la mayoría y en Gobierno en las elecciones siguientes⁴⁹⁰.

En España, de la necesidad de garantizar la función de la oposición en el contexto de un sistema parlamentario debilitado⁴⁹¹, así como de la experiencia comparada⁴⁹², surge la idea de establecer un estatuto constitucional de la oposición política como contrapoder del Estado, no sólo a nivel reglamentario o legal sino con rango constitucional, que se traduzca en una revisión efectiva de la separación de poderes dirigida a constituir a la oposición en un auténtico contrapoder del Estado, con una esfera de autonomía reconocida a las minorías y

⁴⁸⁷ DE VERGOTTINI, Giuseppe: "La forma de oposición garantizada" op. cit., p. 23.

⁴⁸⁸ INOESCU, Ghita y DE MADARIAGA, Isabel: *La oposición* ... op. cit., p. 15; DE VERGOTTINI, Giuseppe: *Derecho Constitucional Comparado* op. cit., p. 438; y, PUNNETT, R. M.: *Front-bench opposition* ... op. cit. pp. 77-78.

⁴⁸⁹ SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *La oposición parlamentaria* op. cit., p. 55-57.

⁴⁹⁰ DE VERGOTTINI, Giuseppe: "La forma de oposición garantizada" op. cit., p. 22.

⁴⁹¹ GARCÍA ROCA, Javier (Ed.): *Pautas para una reforma constitucional* ... op. cit., pp. 75-77.

⁴⁹² Las Constituciones de Portugal, Colombia y Ecuador consagran el derecho de los partidos y movimientos políticos a la oposición política frente al Gobierno. La Constitución Portuguesa (Art. 117.2) reconoce a las minorías el derecho de oposición democrática. La Constitución Colombiana (Art. 112°) reconoce el estatuto de la oposición, con ciertos derechos de acceso a la información oficial, a los medios de comunicación social del Estado y a la réplica en los mismos, a la participación de las minorías en las Mesas Directivas de los cuerpos colegiados, y a que una ley estatutaria reglamente la materia. El candidato a la Presidencia de la República que le siga en votos al elegido tiene derecho a una curul en el Senado.

garantizada frente a la mayoría y al Gobierno, y con la función constitucionalmente encomendada de actuar como contrapoder⁴⁹³.

Un estatuto de la oposición con rango constitucional viene a complementar al estatuto del parlamentario individual, y resultará ser la principal garantía institucional del pluralismo y la división de poderes, pues se trata de una esfera de autonomía reconocida a las minorías y garantizada frente a la mayoría y al Ejecutivo⁴⁹⁴, con un conjunto de verdaderos derechos y facultades reconocidas a todos los diputados y a todos los grupos parlamentarios, exentos de ser conculcados por decisiones de la mayoría⁴⁹⁵.

De esta manera, la función de control político ordinario, no de confianza a cargo del Pleno, se reserva a las minorías opositoras para que actúen en su condición de contrapoder constitucionalmente reconocida, contemplándose los órdenes del día reservados al libre uso de la oposición, el derecho de acceso directo y expeditivo a documentos y expedientes, las comisiones de investigación de la minoría, las comparecencias y sesiones informativas de funcionarios del Gobierno, autoridades independientes y ciertos agentes sociales al sólo requerimiento de la oposición, las mociones de la minoría, los instrumentos de seguimiento específico a las actuaciones del Gobierno, el Comisionado de la Oposición para determinadas cuestiones, entre otros⁴⁹⁶.

Pero en lo general, si el proceso de formación de la voluntad del Parlamento tiene tres fases: la iniciativa, la discusión y la decisión, la cuestión del estatuto jurídico de la oposición en sentido funcional supone el reconocimiento de márgenes de autonomía en las dos

⁴⁹³ GARRORENA MORALES, Ángel: "La crisis actual de la democracia representativa ..." op. cit., pp. 201-202; y, LÓPEZ GUERRA, Luis: "Organización y funcionamiento del Parlamento ..." op. cit., p. 43. Para López Guerra, a la minoría parlamentaria no se le pueden negar los poderes implícitos necesarios que tiene para cumplir la función de control de la acción del Gobierno. Ver además MANZELLA, Andrea: "El Parlamento en el Siglo XXI", en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *El Parlamento del siglo XXI VIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2002, pp. 23-24.

⁴⁹⁴ SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *La oposición parlamentaria* op. cit., p. 60.

⁴⁹⁵ GARRORENA MORALES, Ángel: "La crisis actual de la democracia representativa ..." op. cit., p. 202.

⁴⁹⁶ Ibidem; y, LÓPEZ GUERRA, Luis: "Organización y funcionamiento del Parlamento ..." op. cit., p. 43. Ver además GARCÍA ROCA, Javier (Ed.): *Pautas para una reforma constitucional ...* op. cit., pp. 78-79. El grupo de especialistas, para reforzar la posición del Parlamento, propuso modificar el artículo 76 de la Constitución, o subsidiariamente los reglamentos parlamentarios, para atribuir a una minoría significativa de la cámara: un cuarto o un quinto, la decisión de constituir una comisión de investigación. En el Perú, el Reglamento del Congreso de la República señala que para la creación de una comisión de investigación se requiere el voto aprobatorio del 35% de los miembros del Congreso.

primeras: iniciativa y debate, dejando a salvo el derecho de la mayoría a decidir sobre el fondo de las cuestiones⁴⁹⁷. De esta manera, se invierte la jerarquía entre los grupos parlamentarios de mayoría y de oposición, porque lo relevante ya no es la decisión en sí, sino como se decide, y el interés que se protege es el del diálogo y la discusión abierta entre los diversos sectores sociales representados en el Parlamento⁴⁹⁸.

El control político se mejora si en los procedimientos parlamentarios se cumplen tres requisitos: primero (*i*), las iniciativas de control permiten el debate de los problemas de la sociedad con la mayor actualidad posible en los momentos en que se produzcan; segundo (*ii*), los medios de comunicación cumplan con difundir los debates y formar la opinión pública; y tercero (*iii*), las iniciativas de control de los grupos de oposición se refuercen para facilitarlas, porque las preguntas, interpelaciones y mociones de los grupos mayoritarios que sustentan al Gobierno no aportan a la función de control, y por el contrario, ayudan a oscurecerlo o lo que es peor hacen oposición de la oposición⁴⁹⁹.

4.3.- Estatuto constitucional del parlamentario.-

Al interior del Parlamento y de la mayoría y oposición, la primera minoría es el *parlamentario individual, ordinario* o *de a pie* (el parlamentario a secas), pues es el primer sujeto parlamentario⁵⁰⁰, al que se le garantizan constitucionalmente un conjunto de derechos y facultades fundamentales, no meras atribuciones y competencias orgánicas, para que pueda cumplir sus funciones de representación política con autonomía y libertad en relación con los diversos grupos parlamentarios de mayoría o minoría que integra, y en relación al órgano del Estado el Parlamento en el que desempeña su función⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *La oposición parlamentaria* op. cit., p. 60; y, GARCÍA ROCA, Javier (Ed.): *Pautas para una reforma constitucional ...* op. cit., pp. 78-79. Si bien se propone que la creación de las comisiones de investigación corresponda a las minorías de oposición, se mantendría en manos de la mayoría la aprobación final o el rechazo del informe de la comisión.

⁴⁹⁸ Ibidem.

⁴⁹⁹ ARANDA ÁLVAREZ, Elviro: "Transformaciones en los instrumentos de control parlamentario", en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 19, 2007, p. 109.

⁵⁰⁰ SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *Las minorías en la estructura parlamentaria*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 51.

⁵⁰¹ TORRES MURO, Ignacio: "Los derechos de los parlamentarios" op. cit., pp. 259-260.

En ese sentido, el estatuto constitucional de los parlamentarios reúne el conjunto de derechos, deberes y garantías que definen el mandato representativo que tienen, es decir, su posición jurídica como miembros del órgano legislativo, justificado primero (i) como consecuencia de la directa derivación de la condición de parlamentario del cuerpo electoral por la elección popular; y segundo (ii) como resultado de su pertenencia a un órgano constitucional y la participación del representante en el desenvolvimiento de las funciones constitucionales propias del Parlamento⁵⁰².

Aquí aparece una regla individualista de la democracia dentro del sistema complejo de principios y reglas del Estado constitucional, que se explica en el sentido que el principio de participación ciudadana en el Estado y el derecho de sufragio pasivo reconocen un derecho de libertad y de autonomía de cada representante concreto en relación a los diversos grupos o formaciones sociales en los que se integra: partidos políticos, grupos parlamentarios, candidaturas electorales, entre otros⁵⁰³.

Por ello, la Constitución garantiza la independencia e inmunidad de los parlamentarios frente a influencias políticas extrañas al Parlamento, con indiferencia de si proceden del órgano ejecutivo o si son ejercidas por los partidos o grupos políticos. En este sentido, la independencia del mandato importa un reforzamiento del estatuto representativo en el Parlamento y asegura cierta protección democrática de las minorías frente a las decisiones mayoritarias dentro de los grupos parlamentarios⁵⁰⁴.

Tiene por finalidad específica y precisa salvaguardar un mínimo espacio de libertad e igualdad de cada representante frente al órgano del Estado en que desempeña su función y frente a las mismas formaciones políticas en las que se asocia e integra⁵⁰⁵, porque no podemos olvidar la tendencia hacia la oligarquía de los partidos políticos que conforman los grupos parlamentarios, propia de toda organización de partido⁵⁰⁶, ni el formalismo político a favor

⁵⁰² COBREROS MENDAZONA, Edorta y SAIZ ARNAIZ, Alejandro: "La defensa del *status* del parlamentario", en FIGUEROA LARAUDOGOITIA, Alberto y DA SILVA OCHOA, Juan Carlos (Coords.): *Parlamento y Derecho*, Vitoria-Gasteiz, Eusko Legebiltzarra Parlamento Vasco, 1991, pp. 102-103.

⁵⁰³ GARCÍA ROCA, Javier: "Los derechos de los representantes: Una regla individualista de la democracia", en *Parlamento y Constitución Anuario*, N° 2, Año 2000, pp. 13-14; y, GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos Públicos Representativos* ... op. cit., pp. 64-83.

⁵⁰⁴ SCHNEIDER, Juan P.: "El régimen parlamentario" op. cit., pp. 341-342.

⁵⁰⁵ GARCÍA ROCA, Javier: "Los derechos de los representantes ..." op. cit., p. 14.

⁵⁰⁶ MICHELS, Robert: *Los partidos políticos* ... op. cit., T. I, pp. 57-58, y T. II, pp. 155-165.

de la adhesión total al partido que impide la participación activa de la mayoría de los ciudadanos⁵⁰⁷, produciendo que dejen de representar a sus afiliados o votantes y se conviertan en meros portavoces de los intereses propios de la clase dirigente del partido⁵⁰⁸. Por tanto, resulta indispensable asegurar al parlamentario este espacio para que haga uso libremente de sus derechos y facultades para el ejercicio debido de sus funciones representativas.

En la evolución histórica del papel del parlamentario, el diputado se sentía satisfecho con tener las atribuciones de la cámara cuando era producto del sufragio censitario, y se integraba a una cámara homogénea con debates sobre matices por pertenecer a grupos muy cercanos en sus intereses; pero, el parlamentario actual es elegido por diversos grupos de electores enfrentados entre sí, se integra a la mayoría o a la minoría que se expresan en una asamblea claramente dividida, sus intereses totalmente contrapuestos⁵⁰⁹.

Por ello, hoy el parlamentario no es ya miembro de un selecto club sino parte de un Parlamento claramente dividido, y es por ello que necesita de verdaderos derechos y facultades inviolables, porque sólo cuando los tenga podrá ejercer eficazmente su función de representación de los electores que no son ya un grupo de propietarios con intereses homogéneos sino los miembros de una sociedad compleja con intereses diversos y contradictorios, y en la que, a pesar de haber reglas de juego, la política se convierte muchas veces en una lucha constante para lograr la detentación del poder político⁵¹⁰.

Como la actividad de los Parlamentos actuales sólo puede comprenderse como un duelo de mayorías y minorías⁵¹¹, resulta imprescindible la protección de las minorías, facilitando sus iniciativas y acciones de control, e impidiendo que puedan ser obstaculizadas por las decisiones de las mayorías parlamentarias que apoyan al gobierno; para lo cual, no hay mejor técnica en el Estado de derecho que reconocerles verdaderos derechos exigibles

⁵⁰⁷ OSTROGORSKI, Moisei: *La democracia y los partidos políticos* op. cit., pp. 30-38.

⁵⁰⁸ BLANCO VALDÉS, Roberto L.: *Los partidos políticos* op. cit., p. 61.

⁵⁰⁹ TORRES MURO, Ignacio: "Los derechos de los parlamentarios" op. cit., pp. 259-260.

⁵¹⁰ Idem, p. 260.

⁵¹¹ TORRES MURO, Ignacio: "Actos internos de las cámaras y recurso de amparo Un comentario del auto del Tribunal Constitucional de 21 de marzo de 1984", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 12, Septiembre-Diciembre 1984, p. 163.

ante los tribunales, en lo que respecta a las facultades más relevantes para el ejercicio correcto del mandato parlamentario⁵¹².

Frente a una perspectiva más reglamentarista que considera estas facultades como una mera emanación de las funciones del órgano parlamentario creados por los reglamentos parlamentarios⁵¹³, la interpretación creativa de la Constitución llevada a cabo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, ha permitido configurar la noción de cargo público representativo, que garantiza un estatus constitucional entendido como la posición constitucional que posee el titular del cargo representativo para hacer valer los derechos que dicho estatus protege, en su caso ante el mismo Tribunal⁵¹⁴.

Los derechos y facultades pertenecientes al estatus constitucional del parlamentario al haber sido interpretados por el Tribunal como parte del derecho fundamental al desempeño y ejercicio efectivo del cargo público representativo, son desarrollados con especificidad y detalle más adelante en el apartado correspondiente a dicho derecho.

Ciertamente que los grupos parlamentarios son en los Parlamentos modernos instrumentos imprescindibles para el funcionamiento adecuado de los mismos⁵¹⁵, pero no sustituyen a los parlamentarios individuales en la titularidad del mandato representativo, lo que no nos deja advertir que la actividad parlamentaria hoy se encuentra no solamente compartida, sino también dominada por los grupos parlamentarios que ejercen en la práctica las competencias y funciones parlamentarias de mayor importancia⁵¹⁶.

Esta situación fáctica unida al reconocimiento jurídico-constitucional de la función de los partidos políticos ha motivado a afirmar que la titularidad del mandato representativo

⁵¹² TORRES MURO, Ignacio: “Los derechos de los parlamentarios” op. cit., p. 260; y, TORRES MURO, Ignacio: “Actos internos de las cámaras y recurso de amparo ...” op. cit., p. 163. Para el autor, el Tribunal Constitucional debe garantizar que las mayorías respeten la Constitución y los Reglamentos, y no lesionen los derechos fundamentales de las minorías porque pueden ser violados dentro de las cámaras por la acción de sus órganos de gobierno.

⁵¹³ CANO BUESO, Juan y MORALES ARROYO, José María: *El Parlamento de Andalucía* ... op. cit., pp. 14-25.

⁵¹⁴ PULIDO QUECEDO, Manuel: “Parlamento y diputado: la jurisprudencia constitucional”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y diputado XVII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2011, p. 67.

⁵¹⁵ SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *Los grupos parlamentarios*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1989, p. 291.

⁵¹⁶ CORONA FERRERO, Jesús Ma.: “Los grupos parlamentarios y el mandato”, en *Asamblea Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid Especial monográfico los grupos parlamentarios*, Junio, 2007, p. 217.

se ha desdoblado entre los parlamentarios considerados individualmente y los grupos en los que éstos se integran; de lo que se deriva la existencia, por una parte, de un cuadro mínimo de funciones, del parlamentario individual del que no puede ser privado, y, de otra parte, un mandato compartido con el grupo parlamentario, con numerosas e importantes funciones⁵¹⁷.

No obstante que la exacerbación de tal planteamiento nos llevaría a negar la libertad y autonomía del diputado individual por el predominio absoluto de los grupos parlamentarios, la prohibición constitucional de mandato imperativo necesaria para construir la relación de representación y formar la voluntad estatal, garantiza la función representativa de los parlamentarios y las facultades en que dicha función se concreta, actuando también como un límite para impedir que se atribuyan funciones a los grupos y partidos políticos⁵¹⁸.

La disciplina de grupo, elemento definidor del Estado de partidos sin rango constitucional, coexiste con los principios clásicos del liberalismo revolucionario como el de la representación nacional y la prohibición del mandato imperativo, en aparente conflicto⁵¹⁹. Si bien la prohibición del mandato imperativo le permite actuar de manera contraria a las órdenes del grupo, sin que ello afecte en absoluto la condición de parlamentario⁵²⁰, se debe plantear la pregunta si las sanciones disciplinarias que impongan los grupos a los parlamentarios por no cumplir sus instrucciones o directrices, son obligatorias o coactivas.

La respuesta a esta interrogante parte del carácter meramente voluntario de la aceptación de la disciplina⁵²¹ de los grupos por parte de los parlamentarios, como también pueden voluntariamente sujetarse a las instrucciones o directrices de los grupos o partidos⁵²², en especial en relación al sentido de las votaciones parlamentarias. En este sentido, los partidos son agrupaciones que se forman por la libertad de asociación que gozan los

⁵¹⁷ CORONA FERRERO, Jesús Ma.: "Los grupos parlamentarios y el mandato" op. cit., pp. 213-218.

⁵¹⁸ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados ...* op. cit., pp. 122-123.

⁵¹⁹ SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *Los grupos parlamentarios* op. cit., p. 228.

⁵²⁰ MORALES ARROYO, José María: *Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales* op. cit., p. 290.

⁵²¹ SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *Los grupos parlamentarios* op. cit., p. 237.

⁵²² Ibidem. Para el autor, la relación triangular parlamentario-grupo-partido carece de efectos jurídicos en el ordenamiento constitucional (p. 238). Ver además MORALES ARROYO, José María: *Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales* op. cit., p. 270. El autor destaca que la influencia del partido sobre el grupo y los parlamentarios es ideológica y política, en tanto articula ciertos mecanismos dirigidos a informar a los parlamentarios los postulados y resoluciones programáticas adoptadas por tales órganos, y las soluciones estimadas las más acertadas para llevar a cabo.

ciudadanos, por lo que la disciplina sólo obliga si es aceptada libremente por los parlamentarios, pero no puede ser respaldada por la coacción estatal⁵²³, porque la Constitución impide a los partidos que ejerzan la disciplina de grupo por la vía de amenazar con determinadas sanciones a los diputados que no sigan sus instrucciones o directrices⁵²⁴.

Esto significa que el parlamentario indisciplinado es libre para cumplir las sanciones, sometiéndose, en el segundo de los supuestos, a las consecuencias del ámbito interno, como la expulsión del grupo y/o del partido, que el incumplimiento pudiera acarrear⁵²⁵, por lo que la eficacia de las sanciones se encuentra conectada con la libertad de mandato y depende de la aceptación de sus integrantes⁵²⁶. Si bien es legítimo y deseable para las instituciones parlamentarias que los parlamentarios actúen disciplinadamente y acepten la disciplina de grupo en las votaciones, lo que es absolutamente ilegítimo es que se intente forzar esa disciplina creando medios jurídicos para imponerla al parlamentario contra su voluntad⁵²⁷.

⁵²³ RUBIO LLORENTE, Francisco: "El Parlamento y la representación política", en RUBIO LLORENTE, Francisco: *La forma del poder Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, Vol. II, pp. 663-664.

⁵²⁴ SCHNEIDER, Juan P.: "El régimen parlamentario" op. cit., p. 346.

⁵²⁵ SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *Los grupos parlamentarios* op. cit., p. 237; y, SCHNEIDER, Juan P.: "El régimen parlamentario" op. cit., p. 346.

⁵²⁶ MORALES ARROYO, José María: *Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales* op. cit., p. 296.

⁵²⁷ RUBIO LLORENTE, Francisco: "El Parlamento y la representación política" op. cit., p. 664.

CAPÍTULO II: TEORÍAS INSTITUCIONAL, DEMOCRÁTICA Y DE LA GARANTÍA PROCESAL.-

1.- Las teorías de los derechos fundamentales.-

Una vez cimentada la fundamentación cultural de los derechos fundamentales de los parlamentarios en los principios objetivos y materiales antes expuestos, resulta necesaria la aplicación de las teorías constitucionales de los derechos fundamentales. Se trata de concretar y hacer efectivos sus contenidos y las facultades que le dan sentido dado el carácter indeterminado y abierto de las normas constitucionales, y de obligar al legislador a cumplir con sus funciones de conformación y limitación de los derechos, respetándolos y optimizando su goce y ejercicio, y a los poderes estatales que quedan vinculados por su carácter de regla.

Se puede acudir a las teorías liberal, valorativa o axiológica, institucional, democrático-funcional, social y de la garantía procesal⁵²⁸ como teoría de un solo punto, o a varias o todas como teoría combinada por su pluralidad de funciones⁵²⁹. Entre ellas, debemos optar por las más relevantes. La teoría institucional se ha convertido hoy en día en una de las más importantes para explicar las dimensiones y contenidos que tienen los derechos, sin dejar de mencionar la democrático-funcional por su relación con este tipo especial de derechos, y la de la garantía procesal que postula tener procedimientos estatales adecuados para concretarlos y de ser necesaria la tutela judicial por los tribunales en los supuestos de infracción.

1.1.- La teoría institucional.-

La aplicación de la teoría institucional nos lleva a comprender el *doble carácter dimensional*⁵³⁰ de los derechos fundamentales de los parlamentarios: por un lado (*i*), se

⁵²⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", en BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Escritos sobre derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 47-66; ALEXU, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales* op. cit., pp. 20 y 416-434; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* op. cit., pp. 301-316; y, LANDA ARROYO, César: *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, Palestra, 2007, pp. 548-562.

⁵²⁹ ALEXU, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales* op. cit., pp. 20-22.

⁵³⁰ HÄBERLE, Peter: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 73-75; HÄBERLE, Peter: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pp. 187-194; HÄBERLE, Peter: *La libertad*

reconoce que las facultades de (i') *acceso* y (i'') la *permanencia* en el cargo y (i''') el *desempeño y ejercicio* del *ius in officium* de los parlamentarios, son derechos subjetivos o individuales exigibles por cada uno; y por otro lado (ii), se entiende que (ii') la *participación ciudadana*, (ii'') la *representación política* y (ii''') la *protección de las minorías opositoras*, son principios o institutos objetivos valiosos para el funcionamiento de toda sociedad democrática, que adquieren realidad concreta mediante el goce y ejercicio efectivo de tales facultades por ellos; estando en relación recíproca y constante.

Las dimensiones subjetiva y objetiva abarcan reglas y principios⁵³¹ estrechamente vinculados: los principios de participación ciudadana, representación política y protección de la oposición actúan como mandatos de optimización para que se realicen efectivamente los derechos de acceso, permanencia y desempeño del cargo que tienen los parlamentarios, como institutos sociales aplicados en los procedimientos democráticos de toma de decisiones estatales por parte de ellos como representantes que hacen efectiva la participación ciudadana.

Los derechos de los parlamentarios por su goce y ejercicio continuo por el mayor número posible en los procedimientos democráticos, adquieren el carácter de institutos cumpliendo un efecto estabilizador del cuadro general de la Constitución y del ordenamiento social con miras a su realización efectiva⁵³², es decir, que la normatividad acompañe paralelamente a la normalidad gracias la fuerza normativa de la Constitución y de los derechos⁵³³. La institucionalización trae consigo la prohibición absoluta de los actos de los poderes públicos: gobierno y mayoría parlamentaria, que conduzcan al vaciamiento o estrangulamiento de los derechos de las minorías y que sean degradados o degenerados a *nudum ius*, a pura forma o a un simple derecho aparente⁵³⁴.

fundamental en el Estado constitucional, Granada, Comares, 2003, pp. 160-199; y, BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: "Teoría e interpretación de los derechos ..." op. cit., pp. 53-57.

⁵³¹ ALEXI, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales* op. cit., pp. 67-68.

⁵³² HÄBERLE, Peter: *La Libertad fundamental en el Estado constitucional* op. cit., pp. 206 y 212; y, ALEXI, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales* op. cit., pp. 500-501.

⁵³³ Idem, pp. 101-102; y, LANDA, César: *Derechos fundamentales y justicia constitucional*, México D.F., Editorial Porrúa, 2011, p. 24.

⁵³⁴ Idem, p. 103.

Los principios y derechos de los parlamentarios comprenden la facultad de los ciudadanos de participar en la selección de los representantes para que accedan a los cargos representativos, a través de elecciones libres, periódicas y por sufragio universal, y que esta participación no se agote en la elección, sino que concluya en una incidencia efectiva en la actuación de los representantes durante su permanencia y por el desempeño del cargo. De manera que la voluntad de los ciudadanos a través de ellos se convierta en la voluntad del Estado. Para ello, se articulan instrumentos que maximicen las posibilidades de actuación del representante en aras a la expresión de la representatividad que porta⁵³⁵, y que hagan posible el ejercicio de las facultades de las minorías opositoras en tanto portadores de los intereses de sectores significativos del pueblo y cuyas acciones controlan al Gobierno y la mayoría⁵³⁶.

Si bien cada una de estas facultades y derechos subjetivos hacen concretos al conjunto de los principios objetivos, cada uno de éstos se refleja con mayor intensidad en algunas de dichas facultades, sin que los otros dejen de tener presencia en las mismas. Así, primero (*i'*), el derecho de acceso de los representantes a un cargo público se identifica más con (*ii'*) el principio de participación ciudadana de manera que la elección es una forma de efectivizar la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos a través de los representantes libremente elegidos por el pueblo, habiendo otras formas en los que concurren con sus representantes: presentación de iniciativas legislativas populares y participación en comisiones y plenarios.

En segundo lugar (*i''*), el derecho de permanencia asegura (*ii''*) el principio de representación política para articular la relación entre representante y representados que va más allá de la elección, caracterizada por corresponder al conjunto de los representados, y ser libre e independiente (no sujeto a mandato imperativo ni de partido), y también por ser sensible, receptiva y próxima a los representados.

Y tercero (*i'''*), el derecho al desempeño y ejercicio efectivo de las facultades inherentes al cargo público hace posible (*ii'''*) la protección de las minorías para que éstas al

⁵³⁵ PRESNO LINERA, Miguel Ángel: "La representación política como derecho fundamental", en BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. (Coord.): *La representación política*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2004, p. 388.

⁵³⁶ TORRES MURO, Ignacio: "Los derechos de los parlamentarios" op. cit., p. 260.

hacer uso de ellas puedan participar del proceso político e integrarse al mismo con un programa alternativo, actuando en contraposición al poder estatal: contrapoder o antipoder, manifestando los deseos e intereses de sectores sociales desprotegidos, reorientando de esta manera la dirección política adoptada y controlando con sus críticas al gobierno y la mayoría.

No es admisible que una exacerbación de la parte funcional de los principios excluya la parte subjetiva o individual de los derechos pues nos llevaría a sostener que los parlamentarios no tienen derechos subjetivos de carácter fundamental reconocidos por la Constitución y se tratarían de meras atribuciones que los reglamentos parlamentarios les confieren para hacer posibles las competencias o funciones que tiene el Parlamento dentro del Estado⁵³⁷.

La relación de reciprocidad y de paridad jerárquica entre ambas dimensiones que postula la teoría institucional unifica el aspecto institucional al aspecto del derecho personal, restablece el equilibrio entre ambos planos, hace que lo institucional actúe como para optimizar y reforzar el aspecto individual y no como una amenaza o negación de él, así como los derechos subjetivos individuales sirven, a su vez, para reforzar las condiciones de vida social⁵³⁸; haciendo posible, de esta manera, fundar la existencia de los derechos de los parlamentarios en los principios objetivos comunitarios, y no que éstos nieguen dichas facultades y potestades individuales reconocidas constitucionalmente.

1.2.- La teoría democrático-funcional.-

La teoría democrático-funcional interpreta los derechos fundamentales de los parlamentarios como *reglas* del procedimiento de participación e intervención de los ciudadanos en la formación democrática de la voluntad del Estado. La esfera de los derechos ciudadanos no se entiende como una barrera que separe al ciudadano del Estado, sino como un lazo de unión con él⁵³⁹, tampoco supone al hombre individual libre en un ámbito extraestatal de libertad, sino al *citoyen* que vive en el Estado⁵⁴⁰. Se tratan de derechos que

⁵³⁷ BIGLINO CAMPOS, Paloma: "Las facultades de los parlamentarios ¿son derechos fundamentales?" op. cit., pp. 91-92; CANO BUESO, Juan: *El "derecho de acceso a la documentación" de los diputados* ... op. cit., pp. 70-74; y, CANO BUESO, Juan y Morales Arroyo, José María: *El Parlamento de Andalucía* ... op. cit., pp. 12-25.

⁵³⁸ HÄBERLE, Peter: *La libertad fundamental en el Estado constitucional* op. cit., pp. 187-194.

⁵³⁹ SMEND, Rudolf: *Constitución y Derecho constitucional* op. cit., p. 258.

⁵⁴⁰ SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución* op. cit., pp. 229-230.

alcanzan su significado principal como factores integradores del procedimiento libre de producción democrática de la voluntad del Estado, que transcurre de abajo a arriba⁵⁴¹.

De acuerdo a esta teoría, los derechos fundamentales como fundamento funcional de la democracia tienen una dimensión privada y altamente personal y una dimensión público-democrática, por lo que si indudablemente el hombre no vive sólo de democracia, sus libertades no deben ser instrumentalizadas exclusivamente al servicio de ella, sino que sus libertades *per se* cumplen desde luego una función democrática⁵⁴².

Lo característico de esta teoría es que destaca que cuando se tratan de derechos de participación política está en juego el mismo funcionamiento del sistema democrático en su centro neurálgico: la formación de la voluntad estatal; en este contexto, no sólo el sufragio activo sino también el derecho a ser elegido y a desempeñar el cargo representativo si la elección fuera exitosa, son manifestaciones de la participación ciudadana, y por ello los representantes están fuertemente vinculados para formar la voluntad de la comunidad, en virtud de la autorización democrática de dicha competencia que han recibido⁵⁴³.

1.3.- La teoría de la garantía procesal.-

Y la teoría de la garantía procesal es la que entiende que los derechos fundamentales de los parlamentarios se aseguran mediante la previsión de *garantías procesales* en los procedimientos estatales ante los órganos electorales, parlamentarios y de gobierno, y de *vías reaccionales* de tutela jurisdiccional de las mismas por los tribunales en los supuestos en que sean vulnerados; en tal sentido, la tutela judicial y el debido proceso quedan incorporados al núcleo duro de los derechos fundamentales⁵⁴⁴.

La tutela jurídica efectiva al asegurar la existencia de un derecho fundamental se constituye en un elemento del contenido esencial del mismo derecho fundamental⁵⁴⁵ como

⁵⁴¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: "Teoría e interpretación de los derechos ..." op. cit., p. 60.

⁵⁴² HÄBERLE, Peter: "Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania", en HÄBERLE, Peter: *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Lima, Palestra, 2004, pp. 85-86.

⁵⁴³ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos* ... op. cit., pp. 103-105.

⁵⁴⁴ LANDA ARROYO, César: *Tribunal Constitucional y Estado democrático* op. cit., p. 561.

⁵⁴⁵ ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales* op. cit., p. 421.

*status activus processualis*⁵⁴⁶. A todo derecho fundamental sustantivo o material le están adscritos derechos procedimentales para su tutela judicial efectiva⁵⁴⁷.

Al contenido constitucional de los derechos fundamentales de acceso, de permanencia y de desempeño del cargo público representativo, le acompañan garantías procesales adecuadas en los procedimientos estatales destinados a determinar dichos derechos, así como vías reaccionales idóneas para su tutela judicial efectiva. El derecho de acceso exige de garantías procesales y vías reaccionales en relación a los procedimientos electorales y parlamentarios para salvaguardar el acceso al cargo⁵⁴⁸. El derecho de permanencia aparea este tipo de garantías y vías en los procedimientos parlamentarios para asegurar el mantenimiento en el cargo⁵⁴⁹. Y el derecho al desempeño requiere de las mismas garantías y vías para hacer posible el ejercicio de las facultades inherentes al cargo en los procedimientos parlamentarios y gubernamentales referidos a ellos⁵⁵⁰.

Los derechos fundamentales de los parlamentarios asumen la categoría de derechos reaccionales o reactivos⁵⁵¹, porque tienen un poder de incoar una acción que los legitima personal o asociada a otros, para poner en marcha el aparato judicial en defensa de los contenidos del derecho fundamental lesionado⁵⁵², eliminando la actuación estatal ilegal y logrando la restitución o reintegración de los derechos o intereses perdidos, así como una reparación del perjuicio ocasionado⁵⁵³.

⁵⁴⁶ HÄBERLE, Peter: *La libertad fundamental en el Estado constitucional* op. cit., p. 293.

⁵⁴⁷ ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales* op. cit., p. 422.

⁵⁴⁸ Sentencias de CIDH de 23 de junio de 2005, caso YATAMA vs. Nicaragua, párrs. 147-150 y 167-169; y, de 6 de agosto de 2008, caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, párrs. 100 y 101; y Sentencias de TCP de 6 de abril de 2004, Exp. N° 2366-2003-AA/TC, Juan Espino Espino, F.J. 6 c); y, de 13 de junio de 2012, Exp. N° 05448-2011-PA/TC, Percy Zevallos Fretel, F.J. 29.

⁵⁴⁹ Sentencias de CIDH de 1° de julio de 2011, caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, párr. 115; de 23 de agosto de 2013, caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, párr. 158; y de 28 de agosto de 2013, caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, párr. 171.

⁵⁵⁰ STC 136/1989, de 19 de julio, F.J. 3; y, STC 301/2005, de 21 de noviembre, F.J. 6; y, Sentencia de Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima de 24 de octubre de 2013, Exp. N° 461-2013, Javier Diez Canseco Cisneros, F.J. 4.17.

⁵⁵¹ STC 50/1986, de 23 de abril, F.J. 4; y, STC 82/1987, de 27 de mayo, F.J. 2.

⁵⁵² GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos ...* op. cit., p. 351; y, PULIDO QUECEDO, Manuel: *El acceso a los cargos y funciones públicas ...* op. cit., pp. 55-56.

⁵⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: "Sobre los derechos públicos subjetivos", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 6, 1975, pp. 442-443; y, FOSSAS ESPADALER, Enric: *El derecho de acceso a los cargos públicos* op. cit., p. 136.

Los derechos de acceso y permanencia requieren de procesos jurisdiccionales ante tribunales independientes destinados a proteger con eficacia a los ciudadanos y representantes en los procedimientos estatales por los que se viabiliza la participación ciudadana en elecciones libres e igualitarias y se hace posible la representación política más allá del momento de la elección durante el período que dure el mandato para el que sean elegidos.

Asimismo, durante el mandato, los parlamentarios requieren contar con garantías procesales para hacer valer los derechos y facultades inherentes al cargo, y desempeñar y ejercer efectivamente su función representativa y de control al servicio de la Nación, frente al ejercicio abusivo de las facultades que pudieran ejercer los órganos y mayorías parlamentarias, ya sea para impedir su libre ejercicio y también cuando en especial tengan carácter sancionador o disciplinario.

No obstante ello, la introducción de las garantías procesales en el ámbito parlamentario ha sido una tarea difícil por la doctrina de la autonomía y la inmunidad jurisdiccional del Parlamento, basada en las teorías de los *interna corporis acta* y de las *political questions*, que aún en muchos países se mantienen y prevalecen sobre la posibilidad del control jurisdiccional de los actos parlamentarios y políticos.

Por un lado, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica trazó líneas para identificar los casos en los que se aplica la llamada *political questions doctrine* y se produce un rechazo de la demanda por falta de jurisdicción sin entrar al fondo de la cuestión, pero abrió el paso a la judicialización de actos que no eran una *political question*⁵⁵⁴; por otra parte, la judicatura inglesa se ha mostrado contraria a revisar las actividades de las cámaras en aplicación de la ley, llegando así a configurar un área exenta de jurisdicción en la que los órganos parlamentarios pueden actuar sin controles judiciales, conocido como el principio del respeto de los *internal proceedings*⁵⁵⁵, y llamado con el

⁵⁵⁴ ALONSO GARCÍA, Enrique: "El Tribunal Burger y la doctrina de las "political questions" en los Estados de Unidos", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 1, Enero-Abril 1981, pp. 287-288; CANOSA USERA, Raúl: *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 128-129; y, GARCÍA ROCA, Javier: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, pp. 188-192.

⁵⁵⁵ TORRES MURO, Ignacio: "El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 43, Enero-Abril 1995, pp. 58-59 y 65.

nombre de *interna corporis* por la doctrina italiana para caracterizar también la falta de control de los actos del Parlamento por parte de todo tipo de jueces⁵⁵⁶.

En España, luego de la primera corriente jurisprudencial basada en la necesidad de asegurar la independencia del Parlamento⁵⁵⁷, la doctrina de los *interna corporis acta* fue en buena parte dejada de lado y ya no impide el control jurisdiccional de los actos parlamentarios a través del recurso de amparo en el supuesto que violen los derechos fundamentales⁵⁵⁸ de los parlamentarios porque en cuanto un acto parlamentario afecte a un derecho o libertad fundamental, sale o trasciende de la esfera irrevisable propia de los *interna corporis acta*, y corresponde al Tribunal Constitucional el examen y control de dicho acto sólo en relación a la virtual lesión de tales derechos o libertades⁵⁵⁹ en cuanto pertenezcan al núcleo de la función representativa⁵⁶⁰. Más no por una infracción pura y simple de un precepto reglamentario⁵⁶¹, sin privar del margen de valoración que tiene el Parlamento⁵⁶², ni en las relaciones políticas con el Gobierno por no corresponder al Tribunal el control judicial de lo que ocurra en este tipo de relaciones⁵⁶³.

⁵⁵⁶ TORRES MURO, Ignacio: "El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. la experiencia italiana (1)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 17, Mayo-Agosto 1986, p. 193.

⁵⁵⁷ ATC 183/1984, de 21 de marzo, F.J. 2; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: "El control por el Tribunal Constitucional de la actividad no legislativa del Parlamento", en *Revista de Administración Pública*, N° 107, Mayo-Agosto 1985, pp. 112-118; y, TORRES MURO, Ignacio: "Actos internos de las cámaras y recurso de amparo ..." op. cit., pp. 160-164.

⁵⁵⁸ PÉREZ TREMPES, Pablo: *El recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 110-111.

⁵⁵⁹ STC 118/1988, de 20 de junio, F.J. 2; ARANDA ÁLVAREZ, Elviro: *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 277-278; ÁLVAREZ CONDE, Enrique y ARNALDO ALCUBILLA, Enrique: "Autonomía parlamentaria y jurisprudencia constitucional", en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997, pp. 50-52; ALONSO MAS, María José: *La fiscalización jurisdiccional de la actividad sin valor de ley de los parlamentos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 360-366; NAVAS CASTILLO, Antonia: *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios sin valor de ley*, Madrid, Colex, 2000, pp. 74-75; y, PASCUA MATEO, Fabio: *Fuentes y control del Derecho Parlamentario y de la administración parlamentaria*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional, 2014, pp. 231-232.

⁵⁶⁰ STC 220/1991, de 25 de noviembre, F.J. 5.

⁵⁶¹ ATC 12/1986, de 15 de enero, F.J. 2.

⁵⁶² STC 119/2011, de 5 de julio, F.J. 7.

⁵⁶³ STC 220/1991, de 25 de noviembre, F.J. 5; y, BAR CENDÓN, Antonio: "Los Parlamentos autonómicos ante el Tribunal Constitucional", en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997, pp. 112-114.

Sin duda que la razón principal del cambio jurisprudencial y superar la concepción inicial del Tribunal, fue dotar de tutela procesal a los derechos fundamentales de los parlamentarios interpretados extensivamente a partir del artículo 23.2 de la Constitución Española, convirtiéndose en la llave de acceso que ha permitido al Tribunal supervisar la actividad parlamentaria interna a través del recurso de amparo directo. El artículo 42 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional contempla una vía procesal: un recurso de amparo específico y directo, para la defensa del *status* de los parlamentarios, frente a las decisiones y actos sin valor de ley emanados de los órganos parlamentarios⁵⁶⁴.

La procedencia de este recurso ha sido corroborada luego de la reforma aprobada por la Ley Orgánica 6/2007 que exige que la demanda justifique la especial trascendencia constitucional de la violación reclamada como condición de admisibilidad, al incluir el propio Tribunal expresamente a los amparos parlamentarios por las consecuencias políticas generales que tienen⁵⁶⁵. La mayor objetivización prevista por la reforma no ha significado transformar el recurso de amparo en un instrumento de interpretación constitucional, ni abandonar la dimensión subjetiva que tiene para la tutela y garantía de los derechos. No prescinde de la dimensión subjetiva porque la doble dimensión de los derechos, como situaciones subjetivas y principios o valores constitucionales, se traduce en términos procesales en el mismo recurso⁵⁶⁶.

A diferencia de ello, en el Perú, después de la aplicación de la doctrina de los *interna corporis acta* para resguardar la potestades parlamentarias en el ámbito de su régimen y disciplina⁵⁶⁷, el Tribunal Constitucional modificó dicho criterio y admite a plenitud el control

⁵⁶⁴ GÓMEZ CORONA, Esperanza: *Las Cortes Generales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2008, pp. 305 y 308-309; MORALES ARROYO, José María: *El conflicto parlamentario ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 17-24; GÓMEZ CORONA, Esperanza: *La autonomía parlamentaria en la práctica constitucional española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 120-122; y, PÉREZ TREMPs, Pablo: *Sistema de justicia constitucional*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2016, p. 128.

⁵⁶⁵ STC 155/2009, de 25 de junio, F.J. 2. Ver PASCUA MATEO, Fabio: *Fuentes y control del Derecho Parlamentario ...* op. cit., pp. 236-237; y, PÉREZ TREMPs, Pablo: *Sistema de justicia constitucional* op cit., p. 138.

⁵⁶⁶ PÉREZ TREMPs, Pablo: *El recurso de amparo* op. cit., pp. 33-35.

⁵⁶⁷ Sentencia de Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima de 19 de agosto de 1987, Exp. N° 361-87, Fernando Olivera, F.J. Único; y, Sentencia de Segunda Sala Civil de la Corte Suprema de la República de 14 de setiembre de 1990, Exp. N° 2767-87, fernando olivera. En el proceso de amparo iniciado por el diputado Fernando Olivera contra la Junta Directiva de la Cámara de Diputados y los diputados votantes por la sanción

jurisdiccional de los actos de todos los poderes públicos, frente al Parlamento, al Gobierno y demás entidades estatales, como consecuencia de afirmar el carácter de norma jurídica suprema que tiene la Constitución y su mera calidad de poderes constituidos, que no admite zonas exentas de control constitucional pues sostener lo contrario implicaría que habría perdido su condición de norma jurídica y que los poderes constituidos podrían contravenirla⁵⁶⁸.

Ello hace posible el control jurisdiccional de los actos que realiza el Congreso para imponer sanciones cuando se produzca una violación del debido proceso parlamentario y de los derechos fundamentales⁵⁶⁹, así como cuando la actividad de las comisiones parlamentarias de investigación pudiera afectar las garantías del debido proceso de los investigados⁵⁷⁰.

Uno de los últimos reductos que se proclamaba ajeno al control jurisdiccional fue el del Jurado Nacional de Elecciones. El Tribunal declaró inconstitucional el artículo único de la Ley N° 28642, que modificó el artículo 5, numeral 8, del Código Procesal Constitucional, que dispuso que no procedían los procesos constitucionales cuando se cuestionen las resoluciones del Jurado en materia electoral, por considerar que dicha norma vulneraba el derecho de acceso a la justicia como manifestación al derecho al debido proceso, reconocido por la Constitución, porque no permitía cuestionar judicialmente las resoluciones de dicho

de suspensión de 120 días de sus funciones, la Tercera Sala Civil de Lima desestimó la demanda por considerar que el juicio sancionatorio de la cámara en aplicación del reglamento no es susceptible de amparo, porque uno (i) el Poder Judicial carece de potestad para revisar la aplicación de las normas que gobiernan el régimen y disciplina de la cámara, y dos (ii) la Constitución concede exclusividad al Parlamento para sancionar la indisciplina de sus miembros conforme a los procedimientos reglamentarios.

⁵⁶⁸ Sentencias de TCP de 7 de noviembre de 2002, Exp. N° 2409-2002-AA/TC, Diodoro González Ríos, F.J. 2 b; de 6 de abril de 2004, Exp. N° 2366-2003-AA/TC, Juan Espino Espino, F.J. 5; de 8 de noviembre de 2005, Exp. N° 5854-2005-PA/TC, Pedro Lizana Puelles, F.J. 7; y, de 18 de diciembre de 2007, Exp. N° 4053-2007-PHC/TC, Alfredo Jalilie Awapara, F.J. 14. Ver además LANDA ARROYO, César: “Excursus: Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones”, en LANDA ARROYO, César: *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, Palestra, 2007, pp. 971-978.

⁵⁶⁹ Sentencia de TCP de 18 de febrero de 2005, Exp. N° 3760-2004-AA/TC, Gastón Ortiz Acha (por Alberto Fujimori), F.J. 25.

⁵⁷⁰ Sentencia de TCP de 8 de agosto de 2012, Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, César Tineo Cabrera, F.J. 4.

órgano, negando la posibilidad de reclamar una eventual afectación de los derechos fundamentales mediante un recurso judicial ante el órgano jurisdiccional⁵⁷¹.

Además, en ese mismo sentido, cualquier intento destinado a impedir que la actividad parlamentaria pueda ser sometido a control jurisdiccional resulta contraria al artículo 139, numeral 3, de la Constitución que reconoce los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y al de acción, porque la consagración de un ámbito de inmunidad jurisdiccional, que impida el enjuiciamiento de las conductas de determinados sujetos resulta evidentemente violatoria de este derecho, por producir una situación en la cual los justiciables no podrían obtener de los órganos jurisdiccionales un pronunciamiento, fundado en Derecho, respecto de los actos que gozaran de esta inmunidad⁵⁷².

Finalmente, la garantía procesal no se limita a la tutela judicial a través de los procesos judiciales ordinarios y constitucionales, sino que se extiende también a los procedimientos administrativos ante el Gobierno y a los procedimientos parlamentarios donde deben protegerse como garantías del proceso de elaboración de las leyes y de la participación política de las minorías y de la oposición en el Parlamento⁵⁷³.

2.- El contenido esencial.

Para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales de los parlamentarios es necesario acudir a los métodos complementarios de la naturaleza y los intereses jurídicos, criterios adoptados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España⁵⁷⁴, la teoría institucional y el principio de proporcionalidad para salvar y conciliar las antagónicas teorías absoluta y relativa, y determinar sus estructuras bipartita y tripartita, de modo que legislador pueda acometer sus funciones de conformación y limitación de sus

⁵⁷¹ Sentencias de TCP de 19 de junio de 2007, Exp. N° 00007-2007-PI/TC, Colegio Abogados del Callao, F.J. 38; y, Sentencia de CIDH de 23 de junio de 2005, caso YATAMA vs. Nicaragua, párrs. 174-176.

⁵⁷² TIRADO BARRERA, José Antonio: "Actos parlamentarios y control jurisdiccional", en *Pensamiento Constitucional*, N° 6, Año VI, pp. 627-628.

⁵⁷³ LANDA ARROYO, César: *Tribunal Constitucional y Estado democrático* op. cit., pp. 561-562.

⁵⁷⁴ STC 11/1981, de 8 de abril, F.J. 8; PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* op. cit., p. 317; y, MEDINA GUERRERO, Manuel: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 151-152.

facultades conforme a la interpretación de los derechos humanos que hacen los órganos jurisdiccionales internacionales, sin afectarlos.

2.1.- Por la naturaleza y los intereses jurídicos protegidos.-

El Tribunal Constitucional ha interpretado el artículo 23.2 de la Constitución Española⁵⁷⁵ en el sentido que a los representantes elegidos por los ciudadanos, por antonomasia los parlamentarios, no se les reconozca únicamente el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos, sino que comprende también el derecho a permanecer en los mismos, porque de otro modo quedaría vacío de contenido⁵⁷⁶. O en términos negativos el de no ser removidos de los cargos públicos a los que se accedió si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos⁵⁷⁷; así como además que los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga, pues en otro caso perdería toda eficacia si, respetado el acceso a la función o cargo público en condiciones de igualdad, su ejercicio pudiera ser mediatizado o impedido sin remedio jurídico⁵⁷⁸.

Esto significa que por las convicciones sociales generalmente compartidas, el derecho al acceso al cargo público representativo, unido a la participación en los asuntos públicos, tiene una naturaleza jurídica que no sólo se limita a la facultad de acceder o a ser elegido, sino que una vez elegido, abarca las facultades de permanecer o mantenerse en el cargo y de ejercer o desempeñar libremente las potestades o atribuciones confiadas consideradas como *ius in officium*. La privación del cargo o de las facultades, importa el despojo del cargo o la enajenación de las facultades que forman parte de la imagen del derecho socialmente reconocida, y por tanto, produciría la desnaturalización e irreconoscibilidad del mismo, vaciándose el contenido esencial del derecho.

Y conforme a los intereses jurídicamente protegidos, los derechos no se limitan a la mera descripción de dichas facultades subjetivas sino a la comprensión de los intereses y bienes relevantes relacionados con el mismo que le dan vida y justificación.

⁵⁷⁵ El artículo 23.2 de la Constitución Española señala que los ciudadanos “tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

⁵⁷⁶ STC 5/1983, de 4 de febrero, F.J. 3.

⁵⁷⁷ STC 10/1983, de 21 de febrero, F.J. Segundo.

⁵⁷⁸ STC 161/1988, de 20 de setiembre, F.J. 6.

Al respecto, los derechos de los parlamentarios se justifican en la necesidad de concretar los principios de participación ciudadana, de representación política y de protección de las minorías, que operan como bienes e intereses constitucionalmente relevantes. Hacen efectiva la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos mediante la elección libre de los representantes del pueblo. Se construye la relación de representación entre los representantes y el conjunto de los representados, llevada a cabo por el representante de modo libre e independiente por no estar sujeto a mandato imperativo pero sí actuando de manera sensible, receptiva y próxima a los representados. Y a través de la oposición política las minorías pueden expresar sus intereses, influenciar en la orientación y dirección política y cumplir su función de control al Gobierno, indispensable para que la toma de decisiones satisfaga los intereses del conjunto de los ciudadanos y se forme la voluntad política del Estado, haciendo funcionar el sistema democrático en bien de la comunidad.

Por todo ello, necesariamente, el acceso a los cargos públicos representativos no puede quedar en la simple elección, sino que exige la permanencia en el cargo y el ejercicio de las facultades por parte del parlamentario una vez elegido, para que los ciudadanos participen en el proceso político de toma de decisiones del Estado, a través de representantes que manifiesten el interés general de la Nación, haciendo llegar la posición de las minorías y controlando a través de la oposición al gobierno y la mayoría; de otra forma, el contenido del derecho quedaría desvirtuado si dichas facultades, principios e intereses relevantísimos son sometidos a limitaciones que los hacen impracticables, los dificultan más allá de lo razonable o se les despoja de la protección que requieren.

2.2.- La teoría institucional.-

Para la teoría institucional, si bien la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales pudiera tener la naturaleza de una norma jurídico-constitucional meramente declarativa y vacía; la única explicación válida es interpretarla como una garantía institucional que protege su sustancia o esencia inviolable, frente a los abusos de las mayorías

parlamentarias, y que tuvo su génesis en una época de crisis para evitar el peligro de ser vulnerados por el legislador⁵⁷⁹.

La teoría institucional evita optar entre las teorías absoluta y relativa del contenido esencial, y busca hacerlas complementarias y conciliarlas respetando el núcleo inviolable de cada derecho fundamental de modo absoluto cuando no hay de por medio otro derecho o bien jurídico constitucional, y utilizando la ponderación proporcional para determinar el contenido y límites que tiene uno cuando aparece relacionado con otros derechos y bienes que el sistema constitucional en su conjunto también protege⁵⁸⁰.

En tal sentido, las facultades de acceso y permanencia en el cargo y de ejercicio del *ius in officium* que tiene el parlamentario constituyen un núcleo absoluto digno de protección, cuyo goce y ejercicio se hace conciliando y ponderando los demás bienes y valores que la Constitución postula. Esto significa que ciertas facultades del parlamentario de relevancia constitucional se pueden limitar por su coexistencia con otros derechos o bienes constitucionales; así, por ejemplo, el derecho a recabar información en poder del Gobierno, se limita por la necesidad de preservar el derecho a la intimidad de las personas, o de garantizar la seguridad y la defensa nacional en los supuestos comprobados de secretos de Estado.

2.3.- Las estructuras bipartitas y tripartitas.-

El contenido constitucionalmente protegido o contenido total de los derechos fundamentales se puede visualizar en una imagen espacial con dos círculos concéntricos, primero (i), un círculo interior denominado contenido esencial absolutamente intangible para el legislador, y segundo (ii), un círculo exterior llamado contenido no esencial cuyos componentes pueden ser limitados por el legislador por la necesidad proporcionada de preservar otros derechos o bienes constitucionales; y además, tercero (iii), extramuros existe

⁵⁷⁹ Häberle, Peter: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales ...* op. cit., pp. 219 y 221-222.

⁵⁸⁰ Häberle, Peter: *La libertad fundamental en el Estado constitucional* op. cit., p. 109; y, Häberle, Peter: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales ...* op. cit., pp. 64-66.

el contenido adicional o suplementario donde el legislador tiene una mayor grado de libertad de configuración⁵⁸¹.

Los dos círculos concéntricos que grafican la imagen del derecho fundamental están compuestos por las facultades o posiciones jurídicas que tiene el titular, con mayor intensidad y relevancia para la identificación del propio derecho, a medida que se van aproximando al centro; primero (i), en el círculo más íntimo se ubican las facultades de actuación más relevantes sin cuya presencia es ilusorio mantener la supervivencia del derecho, bien porque se le desnaturalizado o bien porque se anula la eficacia los intereses que protege; y, segundo (ii), en el círculo exterior están aquellas facultades que, aunque directamente relacionadas con el bien jurídico del derecho, pueden ser eventualmente sacrificados en aras de la defensa de otros derechos o bienes constitucionales, sin que por ello deje de ser reconocible o se impida la salvaguarda de sus intereses⁵⁸².

El legislador debe respetar los límites trazados por el contenido constitucional del derecho; por ello, el control de constitucionalidad de la ley aprobada por el legislador, debe delimitar previamente las facultades del derecho pertenecientes a cada una de sus partes, para luego declararla inconstitucional por cualquier motivo que viole el contenido esencial así sea en base a la proporcionalidad, pero pudiendo declararla inconstitucional en relación a los demás contenidos sólo si la ley es desproporcionada por superar los juicios de adecuación, necesidad o indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto⁵⁸³.

Esta metodología puede utilizarse para observar si las mayorías parlamentarias al aprobar las leyes o sus reglamentos o al adoptar actos parlamentarios, han respetado o no el contenido constitucional de los derechos de los parlamentarios, integrado por las facultades de acceso y permanencia en el cargo y de ejercicio del *ius in officium*; pudiéndose, por tanto, declararse inconstitucional una norma legal o reglamentaria o un acto parlamentario, si es que no respetó dicho contenido constitucional, tutelando el derecho mediante su expulsión del ordenamiento jurídico o dejándolo sin efecto, respectivamente.

⁵⁸¹ MEDINA GUERRERO, Manuel: *La vinculación negativa del legislador ...* op. cit., pp. 170-172.

⁵⁸² Idem, pp. 168-169.

⁵⁸³ Idem, p. 170.

2.4.- El principio de proporcionalidad.-

Para establecer el contenido constitucional de cualquier derecho fundamental, como el de los parlamentarios, y adoptar medidas limitativas destinadas a salvaguardar otros derechos o bienes constitucionales en base a la teoría institucional y las estructuras bipartitas y tripartitas, el principio de proporcionalidad nos proporciona ciertos requisitos llamados subprincipios, que de ser satisfechos justifican dichas medidas por no trasgredir el contenido del derecho protegido por la Constitución.

El principio de proporcionalidad exige comprobar si la medida limitativa dispuesta por el legislador sobre un derecho fundamental, cumple tres subprincipios relacionados con otro derecho o bien jurídico constitucional. El primero es el subprincipio de idoneidad (*i*), por el que se exige que la medida limitativa sea susceptible de perseguir y alcanzar el objetivo o fin propuesto porque este sub principio excluye la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los fines para los que han sido adoptados.

El segundo, el subprincipio de necesidad (*ii*), que consiste en determinar si dicha medida limitativa es absolutamente necesaria en el sentido de no existir otra medida alternativa más moderada para la prosecución de dicho fin con igual eficacia, en tanto que si existen dos medios idóneos para el fin perseguido, se debe optar por el que sea menos lesivo del derecho fundamental por intervenir en menor medida y ocasionar menores perjuicios.

Y el tercero, el subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu* o de ponderación (*iii*), por el que se examina si la medida limitativa es proporcionada en sentido estricto, es decir si es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre el derecho pues la ley de ponderación dice que cuanto mayor sea el grado de afectación para el segundo, tanto mayor debe ser el grado de satisfacción del primero⁵⁸⁴.

⁵⁸⁴ BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales por el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 686-803; GONZÁLES BEILFUSS, Markus: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 54; ALEXI, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales* op. cit., pp. 91-95 y 520-546; ALEXI, Robert: "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 91, Enero-Abril 2011, pp. 11-29; ALEXI, Robert: "Derechos fundamentales, ponderación y

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha construido su jurisprudencia recurriendo a este principio con un esquema formalizado y estructurado en un conjunto escalonado de ingredientes, aplicándolo también a las limitaciones puestas a los derechos políticos⁵⁸⁵; para el Tribunal Europeo, el principio se descompone: uno (i), la existencia de una interferencia real y no virtual; dos (ii), el principio de legalidad que supone una taxatividad o certeza de las restricciones; tres (iii), la legitimidad del fin al que atiende la restricción; cuatro (iv), la necesidad de la medida o inexistencia de otra equivalente que imponga un sacrificio menor, y cinco (v), la proporcionalidad en sentido estricto⁵⁸⁶.

3.- Las funciones institucionales del legislador de conformación y limitación.-

El legislador tiene funciones institucionales polivalentes en relación a los derechos fundamentales para conformarlos y limitarlos respetando sus contenidos constitucionalmente protegidos, por lo que la configuración legal no se limita a algunos derechos, pues se tratan de funciones comunes a todos ellos y que en ningún caso es absolutamente discrecional por la prohibición constitucional de transgredir sus límites. Así, al legislador se le reconoce una doble función en el ámbito de los derechos: una (i), la de *conformación*, configuración legislativa o vinculación positiva, y dos (ii), la de *limitación*, delimitación o vinculación negativa⁵⁸⁷, que en ningún caso pueden devenir en arbitrarias⁵⁸⁸.

racionalidad", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11, Enero-Junio 2009, pp. 8-13; y, ALEXY, Robert: "Sobre los derechos constitucionales a protección", en ALEXY, Robert: *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 56-65.

⁵⁸⁵ GARCÍA ROCA, F. Javier y DALLA VÍA, Alberto R.: "Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático", en GARCÍA ROCA, Javier, FERNÁNDEZ, Pablo Antonio, SANTOLAYA, Pablo y CANOSA, Raúl (Eds.): *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2012, p. 233.

⁵⁸⁶ Idem.

⁵⁸⁷ HÄBERLE, Peter: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales ...* op. cit., p. 168; BAÑO LEÓN, José María: "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 24, Septiembre-Diciembre 1988, pp. 161-165; JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "El legislador de los derechos fundamentales", en *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1993, pp. 473-510; GAVARA DE CARA, Juan Carlos: *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 158-161; y, MEDINA GUERRERO, Manuel: *La vinculación negativa del legislador ...* op. cit., p. 4.

⁵⁸⁸ Idem, p. 169.

Al no tener el carácter de derechos de defensa del individuo frente al Estado⁵⁸⁹, los derechos fundamentales así proyectan sobre el legislador dos mandatos constitucionales: por la primera función (i), el legislador debe cumplir con el mandato de desplegar y concretar sus contenidos jurídicos para desarrollarlos y adquieran eficacia plena: vinculación positiva; y por la segunda (ii), el legislador al intervenir debe respetar un ámbito material de los derechos sobre el que tiene la proscripción o interdicción de no trasgredir ni lesionar: vinculación negativa⁵⁹⁰.

La noción del despliegue del derecho fundamental por parte del legislador, relacionada con la función de conformación o vinculación positiva, importa concretizar ciertos elementos presentes en el ideal del derecho elaborado por la Constitución para hacerlo realidad y que tenga vigencia, que forman parte de su contenido constitucional y de su carácter fundamental, más no por la regulación del legislador, sino por la coincidencia con el derecho presente en la Constitución⁵⁹¹; a su vez, la función de limitación o vinculación negativa, obliga al legislador como garantía no vaciar el contenido del derecho protegido por la Constitución.

El legislador a través de las mayorías parlamentarias, en ejercicio de la función de conformación o vinculación positiva, al aprobar las leyes y los reglamentos parlamentarios debe desplegar y concretizar las facultades de acceso y permanencia en el cargo, y de ejercicio del *ius in officium* de los parlamentarios, presentes en la Constitución⁵⁹², para hacerlos reales y efectivos, haciendo de esta manera posible la participación política y la

⁵⁸⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: "Teoría e interpretación de los derechos ..." op. cit., pp. 53-54.

⁵⁹⁰ HÄBERLE, Peter: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales* ... op. cit., p. 169; HÄBERLE, Peter: "La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales. Efectividad de los derechos fundamentales: en particular en relación con el ejercicio del Poder Legislativo", en LÓPEZ PINA, Antonio (Dir.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid-Civitas, 1991, p. 333; BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: "Teoría e interpretación de los derechos ..." op. cit., pp. 53-54; CRUZ VILLALÓN, Pedro: "Derechos fundamentales y legislación", en *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1993, p. 416; MEDINA GUERRERO, Manuel: *La vinculación negativa del legislador* ... op. cit., p. 4; y, GAVARA DE CARA, Juan Carlos: "La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales", en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 20, Año 2007, pp. 277-278.

⁵⁹¹ Ibidem.

⁵⁹² GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos* op. cit., pp. 186-187. Para García Roca, la labor del legislador debe venir sensiblemente condicionada por el contenido del derecho fundamental desgajable directamente de la Constitución, al igual que cualquier otro derecho fundamental, sea o no de configuración legal.

representación política de los ciudadanos y la intervención de las minorías, pero sin vaciar el contenido constitucional de los mismos al también cumplir una función limitativa o de vinculación negativa.

4.- La interpretación conforme a los Tratados Internacionales de derechos humanos.-

Los primeros destinatarios de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos fundamentales son los Estados y los órganos jurisdiccionales internos con los que cuenta para cumplir dichas obligaciones. En relación a ellos, la protección internacional de los derechos humanos se orienta por el principio de subsidiariedad, por el que los órganos jurisdiccionales internacionales deben respetar el contenido de los derechos y el régimen de garantía fijados por los órganos nacionales dada la mejor posición que tienen para valorar directa y continuamente las necesidades particulares de cada sociedad⁵⁹³.

Sólo en los supuestos que las autoridades nacionales contravengan los derechos en el fondo y forma como han sido interpretados como mínimo inexcusable por los órganos internacionales a partir de los Tratados de derechos humanos, los sistemas internacionales están autorizados para actuar y adoptar medidas para que los Estados cumplan con respetarlos y garantizarlos. Antes de ésto, los Estados gozan de un margen estrecho de libertad para implementar y determinar como alcanzan este mínimo, pero dicho margen será cada vez mayor cuando los órganos nacionales se alejen singularmente más de lo esencial y configuren contenidos y garantías particulares de máxima protección, superiores a lo reconocido por los tratados interpretados por los órganos internacionales⁵⁹⁴.

⁵⁹³ QUERALT JIMÉNEZ, Argelia: *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 106-107; y, QUERALT JIMÉNEZ, Argelia: “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo (Coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 246-247.

⁵⁹⁴ QUERALT JIMÉNEZ, Argelia: *La interpretación de los derechos ...* op. cit., pp. 107-108. Ver además CRUZ VILLALÓN, Pedro: “Rasgos básicos del Derecho Constitucional de los Estados en perspectiva comparada”, en VON BOGDANDY, Armin, CRUZ VILLALÓN, Pedro y HUBER, Peter M.: *El Derecho Constitucional en el espacio jurídico europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 66-67. Para el autor, la singularidad en el espacio europeo es en sí misma expresión de un valor constitucional fundamental, y se asume normalmente en términos positivos, aunque reconoce que hay particularismos negativos y problemáticos.

La coexistencia de un estándar mínimo internacional y de una pluralidad de Estados en Europa como en América implica un proceso de armonización, no de uniformidad, en materia de derechos y libertades, para hacer compatibles los ordenamientos internos con las obligaciones internacionales (principio de compatibilidad). Las Cortes Internacionales no imponen una única respuesta a los problemas que suscitan las violaciones de los derechos, sino que las medidas de las autoridades nacionales sean compatibles con los estándares. Los Estados pueden dar variadas soluciones ofreciendo mayores contenidos o mejores garantías. Pero, el estándar mínimo no puede ser rebajado, sólo superado⁵⁹⁵.

La cláusula constitucional de *apertura* de los derechos fundamentales a los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, incluyendo a los derechos de los parlamentarios, presente en el artículo 10.2 de la Constitución Española y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución del Perú, nos lleva a que la interpretación de los derechos que realice el Tribunal Constitucional así como los jueces ordinarios, observe también lo que las Cortes o Tribunales Internacionales han dicho al interpretar los tratados como derechos mínimos. La utilización de esta pauta interpretativa no se encuentra a la disposición libre del intérprete, porque éste se halla sujeto a la doctrina de los derechos desarrollada conforme a tales tratados y acuerdos internacionales⁵⁹⁶, dado el valor interpretativo directo que le otorga la propia Constitución⁵⁹⁷.

Esta cláusula tiene funciones actualizadora hacia dentro y coordinadora hacia fuera a favor de los derechos reconocidos constitucionalmente por el Estado⁵⁹⁸. Por una parte (*i*), la función actualizadora consiste en interiorizar hacia dentro nuevas facultades o posibilidades de actuación no previstas en la Constitución, o no deducibles del tenor literal de las normas

⁵⁹⁵ QUERALT JIMÉNEZ, Argelia: "El alcance del efecto de cosa interpretada ..." op. cit., pp. 245-248.

⁵⁹⁶ SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 205. Para Saiz Arnaiz, se trata de una obligación de resultado que no impone la referencia escrita en la argumentación del tribunal de la utilización de los textos internacionales sino que obliga a que el contenido de los derechos, fruto de la actividad interpretativa del tribunal en cuestión, sea conforme con el que resulta de aquellos textos internacionales (p. 206).

⁵⁹⁷ FOSSAS ESPADALER, Enric: "'Cosa interpretada' en derechos fundamentales: jurisprudencia del TEDH y jurisprudencia constitucional", en *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 82 (II), Septiembre-Diciembre 2008, p. 170.

⁵⁹⁸ ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier: *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 177-194.

constitucionales. Por otro lado (ii), la función coordinadora hacia fuera concilia la interpretación de los derechos fundamentales con el estándar internacional de protección de los derechos humanos, de modo que ambos marcos de protección nacional e internacional evolucionen concertadamente⁵⁹⁹.

El ámbito constitucionalmente protegido del derecho fundamental se va configurando en nuestros países y regiones por lo que establecen las disposiciones constitucionales interpretadas conforme a la Convención Americana y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respectivamente. En la tarea interpretativa de definir el contenido de los derechos, el Tribunal Constitucional ha de tomar el contenido mínimo que incorpora las facultades o posiciones jurídicas desplegadas del derecho fundamental de acuerdo con tales tratados, y cuando contemplan alguna instancia jurisdiccional encargada de su interpretación, la conformidad con los tratados a la que está vinculado el Tribunal Constitucional se extiende a las decisiones de aquel órgano. El contenido de los derechos presentes en el texto internacional no resulta de la actuación del Tribunal Constitucional, sino de la del respectivo órgano internacional de garantía, cuyas resoluciones contribuyen a la conformación de los derechos constitucionales⁶⁰⁰.

Los órganos jurisdiccionales de los Tratados Internacionales no se limitan a una mera labor de aplicación automática de sus cláusulas sino que llevan a cabo una auténtica función de interpretación rellena y concretizadora de los derechos⁶⁰¹ reconocidos por tales tratados, para adaptar evolutivamente sus textos a las condiciones actuales de la realidad y que sus garantías sean concretas y efectivas y no teóricas e ilusorias⁶⁰².

⁵⁹⁹ ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier: *La concretización y actualización de los derechos ...* op. cit., pp. 179 y 182.

⁶⁰⁰ SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *La apertura constitucional al derecho internacional ...* op. cit., pp. 222-223 y 231.

⁶⁰¹ HESSE, Konrad: "La interpretación constitucional", en HESSE, Konrad: *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 63-67; y, BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: "Los métodos de la interpretación constitucional – Inventario y crítica", en BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 30-32.

⁶⁰² SAIZ ARNAIZ, Alejandro: "El Convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la cultura común de los derechos fundamentales en Europa", en *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*, Valencia, Amela, 2009, p. 45.

Lo que ha sido consolidado normativamente en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional Peruano que dispone que el contenido y los alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos constitucionales, deben interpretarse de conformidad con los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los Tribunales Internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte⁶⁰³.

No es por el valor de cosa juzgada de las sentencias de la Corte Interamericana o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para las partes del caso resuelto, ni de su fuerza obligatoria, sino que es el efecto de la cosa interpretada que proyecta la interpretación y vincula a todos los Estados parte del tratado a la jurisprudencia elaborada por la Corte o Tribunal Internacional al interpretar sus disposiciones⁶⁰⁴. La autoridad de cosa juzgada internacional despliega sus contenidos y efectos en dos dimensiones: uno (i), la eficacia *inter partes* de la sentencia, como *res judicata*, proyectada de manera subjetiva y directa hacía las partes de la controversia internacional; y dos (ii), la eficacia *erga omnes* de la norma convencional interpretada por la sentencia, como *res interpretata*, de modo objetivo e indirecto, extendida hacia todos los Estados parte del tratado como garantía colectiva⁶⁰⁵.

De esta manera, la Corte Interamericana contribuye en la creación de una cultura común en materia de derechos fundamentales en América Latina, formando un *corpus juris* con un conjunto de principios y valores comunes entre los Estados parte de la Convención⁶⁰⁶, y el Tribunal Europeo hace una creación jurisprudencial que contribuye notablemente a la

⁶⁰³ LANDA ARROYO, César: *Convencionalización del Derecho peruano*, Lima, Palestra, 2016, pp. 19-22; ABAD YUPANQUI, Samuel B.: *El proceso constitucional de amparo Su aporte a la tutela de los derechos fundamentales*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, pp. 105 y 569; y, PÉREZ TREMPES, Pablo: *El recurso de amparo* op. cit., pp. 67-74.

⁶⁰⁴ SAIZ ARNAIZ, Alejandro: “El Convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos ...” op. cit., pp. 44; FOSSAS ESPADALER, Enric: ““Cosa interpretada” en derechos fundamentales ...” op. cit., pp. 168-169; y, LANDA ARROYO, César: *Convencionalización del Derecho peruano* op. cit., pp. 21-22.

⁶⁰⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del caso Gelman Vs. Uruguay)”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.): *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 633-660.

⁶⁰⁶ BURGORGUE-LARSEN, Laurence: “El Papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la creación de una cultura común en materia de derechos fundamentales en América Latina”, en *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*, Valencia, Amela, 2009, pp. 139-163.

conformación de un espacio europeo de los derechos fundamentales, que expresa una suerte de síntesis de las categorías nacionales y facilita la interpretación uniforme del Convenio por los aplicadores judiciales de los Estados, lo que evita condenas posibles de este Tribunal⁶⁰⁷. A su vez, el diálogo horizontal que se viene produciendo y creciendo cada vez más entre la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo en el mundo globalizado revela la fabricación de un *ius comune* en materia de derechos humanos a escala universal⁶⁰⁸.

En un escenario de pluralismo constitucional existen al menos dos órdenes normativos constitucionales, uno (i) estatal y el segundo (ii) supraestatal, a los que podemos llamar constituciones, ambas son reconocidas como legítimas y válidas, y una no tiene supremacía sobre la otra ni es la fuente de su validez⁶⁰⁹. La solución es una síntesis constitucional integradora o comprensiva, no particular, que funda e interactúa en igualdad ambas normas constitucionales para dar una respuesta global a los problemas planteados, aplicando el conjunto de las normas constitucionales⁶¹⁰.

Así, las relaciones entre las normas constitucionales estatales y supraestatales se grafican con la figura de una red constitucional⁶¹¹, compuesta por múltiples nudos constitucionales correspondientes a cada uno de los lugares constitucionales y que interactúa continuamente y reflejando una soberanía reticular⁶¹², en la cual cada lugar constitucional

⁶⁰⁷ SAIZ ARNAIZ, Alejandro: "El Convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos ..." op. cit., pp. 39-40.

⁶⁰⁸ BURGORGUE-LARSEN, Laurence y MONTROYA CÉSPEDES, Nicolás: "El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos", en LÓPEZ GUERRA, Luis y SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Dirs.): *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Lima, Palestra, 2015, pp. 329-330.

⁶⁰⁹ MACCORMICK, NEIL: *Questioning sovereignty law, State, and Nation in the European Commonwealth*, New York, Oxford, 2002, p. 104; y, TORRES PÉREZ, AIDA: "En defensa del pluralismo constitucional", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.): *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 467-468.

⁶¹⁰ BUSTOS GISBERT, Rafael: "La función jurisdiccional en escenarios de pluralismo constitucionales", en *Integración Europea y Poder Judicial Ponencias presentadas a las Jornadas celebradas en Bilbao los días 23, 24 y 25 de febrero de 2005*, Bilbao, Oñati, 2006, pp. 211-230; BUSTOS GISBERT, Rafael: *La Constitución red ...* op. cit., pp. 121-205; y, CRUZ VILLALÓN, Pedro: "Constitución nacional y Constitución europea", en CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La Constitución inédita Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 131-149.

⁶¹¹ BUSTOS GISBERT, Rafael: *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012, pp. 29-41.

⁶¹² Idem, pp. 32-33.

mantiene su propio ámbito de actuación independiente, que, sin embargo, viene condicionado por el resto de nudos⁶¹³.

Lo que digan en el nivel externo las Cortes Internacionales sobre los derechos humanos reconocidos en las normas constitucionales supraestatales, debe ser observada por los tribunales nacionales como garantes de dichos derechos en el nivel interno de los Estados al interpretar las disposiciones constitucionales conforme a la Convención Americana y el Convenio Europeo y la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo, respectivamente. En este sentido, a diferencia del control propio, original o externo a cargo de las Cortes Internacionales, el control interno de convencionalidad encargado a los jueces y tribunales nacionales sobre los actos y normas estatales, obliga a observar la interpretación de los convenios adoptada por las Cortes Internacionales, y a aplicarla en los procesos concretos sometidos a su conocimiento y resolución⁶¹⁴.

El control de convencionalidad se constituye en una técnica de colaboración entre los dos niveles de tribunales nacionales e internacionales, por el que el juez estatal es el llamado a controlar el respeto y la conformidad de la legislación y los actos estatales, a las cláusulas de los convenios o tratados internacionales⁶¹⁵.

La jurisprudencia de las Cortes Internacionales pasa a formar parte del parámetro normativo del control de convencionalidad, porque el canon de enjuiciamiento de la convencionalidad no sólo viene integrado por las convenciones y sus protocolos de ser el caso, sino además por la interpretación que estas normas han recibido de las mismas cortes⁶¹⁶. De esta manera, la doctrina jurisprudencial de los supremos intérpretes acaba integrándose

⁶¹³ Idem, p. 33; para Bustos Gisbert, en la idea de “Constitución red”, la Constitución nacional ocupa un lugar central a partir del cual tienen origen y legitimidad el resto de normas constitucionales de ámbito supraestatal, y las relaciones entre ambas son establecidas por cláusulas de apertura y mutuo reconocimiento (p. 34).

⁶¹⁴ Sentencia de CIDH de 26 de Setiembre de 2006, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 124; Sentencia de TCP de 12 de Marzo de 2014, Exp. N° 04617-2012-PA/TC, *Panamericana Televisión S.A.*, F.Js. 5-14, y, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: “El control judicial interno de convencionalidad”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.): *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 769-772 y 788-790.

⁶¹⁵ DE VERGOTTINI, Giuseppe: *Más allá del diálogo entre tribunales ...* op. cit., p. 111.

⁶¹⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: “El control judicial interno de convencionalidad” op. cit. pp. 788-790; y, CANOSA USERA, Raúl: *El control de convencionalidad*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2015, p. 35.

con la norma interpretada para formar un todo inescindible denominado bloque de la convencionalidad⁶¹⁷.

Los efectos del control de convencionalidad sobre el plano nacional o estatal son por un lado, que los jueces nacionales han de efectuar el control de convencionalidad, y, por otro, que el canon de tal control está integrado por las normas convencionales y por la interpretación que de ellas han realizado las Cortes de Estrasburgo y de San José⁶¹⁸.

5.- La fundamentalidad de los derechos configurados y desplegados de la Constitución.-

Entre los derechos de los parlamentarios, los relativos al desempeño y ejercicio efectivo del *ius in officium*, que importan facultades relevantes y que forman parte del contenido constitucional, no son todas aquellas facultades previstas por los reglamentos parlamentarios. Conviene distinguir aquellas facultades desarrolladas por los reglamentos en vía de *configuración y despliegue* de la Constitución, es decir que forman parte del contenido constitucionalmente protegido del mismo. Se diferencian de aquéllas otras en las que el legislador reglamentario tiene un margen de apreciación considerable por no tener cobertura constitucional y formar el contenido adicional o suplementario del derecho.

Las facultades relevantes desplegadas del artículo 23.2 de la Constitución Española por los reglamentos son las que podemos agrupar en el denominado *ius in officium*, y que están relacionadas directamente con el núcleo de las funciones de *representación, legislación y control* del Gobierno, que tienen los parlamentarios. Todo trabajo de fundamentación debe desarrollar y explicar cada facultad vinculándola con su naturaleza y los intereses jurídicos que protege, para reconocer su fundamentalidad. Los intereses jurídicos más importantes son la participación ciudadana, la construcción de la representación política de los ciudadanos y la oposición de las minorías al gobierno y su mayoría parlamentaria, que se hallan en relación de conexión y reciprocidad conjunta con cada una.

Así, entre las facultades más relevantes e intensas que forman el contenido esencial del derecho fundamental del artículo 23.2, intangibles para el legislador y cuya limitación es modulada mediante el test de proporcionalidad, pueden incluirse, según la jurisprudencia del

⁶¹⁷ CANOSA USERA, Raúl: *El control de convencionalidad* op. cit., p. 35.

⁶¹⁸ Idem, p. 36.

Tribunal Constitucional Español, relacionados con la función representativa: (i) al voto, (ii) a formar parte de la Mesa de la cámara (iii) a formar parte de una comisión parlamentaria, (iv) a formar parte de un grupo parlamentario, (v) a formar parte de la Mesa de la cámara, (v) a solicitar la convocatoria del Pleno, y (vi) a recibir subvenciones a favor de los grupos parlamentarios⁶¹⁹; en la función legislativa: (vii) a la admisión de proposiciones de ley, y (viii) a presentar enmiendas legislativas⁶²⁰; y en la función de control político: (ix) a solicitar información, (x) a solicitar la creación de una comisión investigadora, (xi) a solicitar comparecencias en comisión, (xii) a formular interpelaciones, (xiii) a preguntas, y (xiv) a mociones y proposiciones no de ley⁶²¹.

Además, las facultades (xv) a la palabra y (xvi) al debate⁶²² están presentes cuando se ejercen todas dichas facultades en cada una de las diversas funciones del Parlamento, ya sea representativa, legislativa y de control político.

A pesar que el Tribunal Constitucional del Perú aún no ha reconocido la configuración constitucional de estas facultades, la Constitución Política del Perú reconoce el derecho a ser elegido congresista en los artículos 31, primer párrafo, y 90, párrafo final, y sus potestades más relevantes se encuentran previstas por el mismo texto constitucional, por lo que el

⁶¹⁹ SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique: “Derechos y deberes de los parlamentarios”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y diputado XVII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2011, pp. 107 y 118-121.

⁶²⁰ FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, Manuel: *Teoría y jurisprudencia parlamentaria Un estudio de teoría y jurisprudencia constitucional sobre el Parlamento*, Madrid, Cortes Generales-Congreso de los Diputados, 2013, pp. 110-116; PULIDO QUECEDO, Manuel: “Parlamento y diputado: la jurisprudencia constitucional”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y diputado XVII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2011, pp. 76-78; VÍBORAS JIMÉNEZ, José Antonio: “La función legislativa en la jurisprudencia constitucional”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997, pp. 497-500; y, CID VILLAGRASA, Blanca (Dir.) y Recoder Vallina, Tatiana (Coord.): *El Parlamento ante los tribunales*, Pamplona, Asamblea de Madrid-Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 537-546 y 557-561.

⁶²¹ Idem, pp. 126-150; PULIDO QUECEDO, Manuel: “Parlamento y diputado ...” op. cit., pp. 78-94; DE LA PEÑA RODRÍGUEZ, Luis: “La función de control en la jurisprudencia constitucional”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997, pp. 520-552; y, CID VILLAGRASA, Blanca (Dir.) y RECODER VALLINA, Tatiana (Coord.): *El Parlamento ante los tribunales* op. cit., pp. 594-613.

⁶²² SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique: “Derechos y deberes de los parlamentarios” op. cit., p. 117; y, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco J.: “El derecho fundamental al debate parlamentario”, en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, N° 16, Año 2005, pp. 279-280.

contenido constitucional del derecho al desempeño y ejercicio efectivo del cargo de congresista está conformado por ciertas atribuciones inherentes al *ius in officium*, tales como (i) a formar parte de una comisión parlamentaria (art. 94), (ii) a formar parte de un grupo parlamentario (art. 94), (iii) a la iniciativa legislativa (art. 107), (iv) a solicitar información (art. 96), (v) a solicitar la creación de una comisión investigadora (art. 97), (vi) a formular preguntas a los ministros (art. 129), (vii) a solicitar la interpelación de los ministros (art. 131), y (viii) a plantear la moción de censura contra los ministros o el consejo ministerial (art. 132)⁶²³.

Además, hay otras facultades relevantes desplegadas de la Constitución y conformadas por el Reglamento del Congreso como (i) participar con voz para debatir, y voto en el Pleno y las comisiones que integran (art. 22, literal a), (ii) a solicitar la invitación a los ministros para informar (art. 84), (iii) a solicitar la comparecencia de autoridades, funcionarios y servidores públicos y de cualquier persona ante las comisiones investigadoras (art. 88, literal b) y a plantearles preguntas para que proporcionen informaciones testimoniales y documentarias (art. 88 b)⁶²⁴, (iv) a formular el informe de la comisión investigadora con las conclusiones y recomendaciones correspondientes a presentar ante el Pleno para su debate (art. 88, párr. primero y literales g, h, i y j), (v) a recibir facilidades materiales, económicas y de personal para el mejor desarrollo de sus funciones (art. 22, literal j), y (vi) a una remuneración adecuada (art. 22, literal g).

Además de los integrantes del contenido esencial, en el caso español, forman parte del contenido no esencial partícipe del contenido constitucionalmente protegido, aquéllos derechos y facultades que se relacionan indirectamente con el ejercicio de las mismas funciones: (i) las retribuciones y (ii) las indemnizaciones por el ejercicio de dicha función, establecidas por las normas reglamentarias⁶²⁵.

En relación a las retribuciones de los parlamentarios, el Tribunal Constitucional Español, con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la reforma del

⁶²³ LANDA ARROYO, César: “El control parlamentario en la Constitución Política de 1993: balance y perspectiva”, en *Pensamiento Constitucional*, N° 10, Año XX, pp. 102- 136; y, DELGADO-GUEMBES, César: *Manual del Parlamento ... op. cit.*, pp. 334-348 y 409-483.

⁶²⁴ Idem, pp. 132-133.

⁶²⁵ SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique: “Derechos y deberes de los parlamentarios” op. cit., p. 112.

Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha que cambió el régimen de retribuciones de los parlamentarios autonómicos de un sueldo a un sistema de indemnizaciones y dietas⁶²⁶, establece que no puede afirmarse que la modalidad retributiva de un sueldo fijo constituya parte del núcleo esencial del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos protegido por el artículo 23.2. Y que, por ello, no pueda ser objeto de reforma reglamentaria cuando las cámaras, en virtud de su de autonomía, así lo decidan. Se trata de una materia que forma parte de la libertad de configuración legal que les corresponde. Además, no existen razones para considerar inconstitucional dicha reforma pues no se ha acreditado que dicho sistema produzca perjuicios económicos en el desarrollo del núcleo esencial de la función representativa de los parlamentarios⁶²⁷.

No obstante, conviene precisar que la sentencia del Tribunal en relación a esta reforma reglamentaria ha zanjado un problema complejo con una solución sencilla, y que adolece de fundamentación suficiente por no salvar las objeciones constitucionales formuladas contra ella⁶²⁸.

Primero (*i*), la lectura literal de las normas reglamentarias efectuada habitualmente por el Tribunal degrada la constitucionalidad del derecho fundamental del artículo 23.2 hasta convertirlo en una simple materia de configuración legal y vacearlo de contenido esencial, sin haber realizado una interpretación constitucional adecuada de dicho derecho que considere la significación sociológica y democrática del mandato representativo al que deben tener un acceso igualitario todos los ciudadanos, y una vez elegido, permita al parlamentario

⁶²⁶ ARANDA ÁLVAREZ, Elviro: “La reducción de parlamentarios y la modificación del régimen retributivo de los miembros de las asambleas de las comunidades autónomas”, en *Revista de Derecho Político*, N° 92, Enero-Abril 2015, pp. 146-147. Para el autor, las dos formas de retribución a los parlamentarios aplicadas por los parlamentos autonómicos son: una (*i*), el otorgamiento de un salario o sueldo, con un régimen severo de incompatibilidades, y dos (*ii*), un sistema de indemnizaciones y dietas, con la posibilidad de ejercer simultáneamente otra actividad profesional privada o pública; por lo que la opción que se escoja es un asunto relevante con el buen funcionamiento de la cámara y que tiene efectos notables en el sistema de gobierno y la centralidad político parlamentaria.

⁶²⁷ STC 36/2014, de 27 de febrero, F.J. 8.

⁶²⁸ GARCÍA ROCA, Javier: “La supresión –sobvenida– del sueldo de los diputados de Castilla La Mancha según la STC 36/2014, de 27 de febrero: una solución sencilla para un caso complejo”, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, N° 7, Junio 2014, pp. 95-97; y, ARANDA ÁLVAREZ, Elviro: “la reducción de parlamentarios y la modificación del régimen retributivo ...” op. cit., pp. 151-153.

el desempeño y ejercicio libre del control político, con independencia de su renta o fortuna, sin interferencias⁶²⁹.

Tampoco tuvo en cuenta la evolución histórica del sufragio censitario al sufragio universal pues si bien en una primera etapa el sufragio censitario permitía la gratuidad del mandato y la previsión de meras indemnizaciones por gastos, porque el sufragio activo y pasivo estaba ligado a ciertos niveles elevados de renta y patrimonio; posteriormente, la irrupción del sufragio universal, unido al incremento de los períodos de sesiones y la necesidad de dedicación exclusiva, produjo que se establezca una remuneración a favor de los parlamentarios⁶³⁰.

Por ello, en el contexto del declive actual del sueldo de los diputados y el aumento de la carga de trabajo en el Parlamento inglés, el diputado Alex Carlile declaró ante el Comité Nolan de la Cámara de los Comunes que “es un gran honor y un privilegio ser Diputado, pero eso no alimenta, educa ni viste al cónyuge e hijos de uno”⁶³¹.

Además, segundo (ii), si la doctrina jurisprudencial del Tribunal ha establecido que la finalidad de las asignaciones otorgadas a los grupos parlamentarios es facilitar el ejercicio de las funciones representativas de sus miembros, formando parte del núcleo básico del derecho de acceso y ejercicio al cargo público, resulta paródico que el mismo Tribunal excluya a las retribuciones que reciben los parlamentarios considerados individualmente del contenido esencial de dicho derecho por consideraciones manifiestamente incompatibles con las expresadas en relación a las asignaciones de los grupos⁶³².

Finalmente, en el desarrollo infraconstitucional se suelen agregar ciertos derechos legales otorgados por los reglamentos parlamentarios, como (i) las cotizaciones de la seguridad social y (ii) las mutualidades⁶³³, así como (iii) las altas y bajas de la seguridad social, (iv) las pensiones de la seguridad social y (v) la aplicación de normas tributarias sobre

⁶²⁹ Idem, p. 101; y, ARANDA, Elviro, GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo: *Informe sobre la eliminación de las retribuciones fijas y regulares de los diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha*, Octubre de 2012.

⁶³⁰ Idem, p. 102.

⁶³¹ *Normas de conducta para la vida pública Informe Nolan* op. cit., p. 33.

⁶³² ARANDA ÁLVAREZ, Elviro: “La reducción de parlamentarios y la modificación del régimen retributivo ...” op. cit., p. 153.

⁶³³ TORRES MURO, Ignacio: “Los derechos de los parlamentarios” op. cit., pp. 278-280.

las retribuciones⁶³⁴. No forman parte del contenido constitucional del derecho del artículo 23.2, sino que están integradas en el contenido adicional o suplementario incorporado por el legislador, pues no están vinculadas directa ni indirectamente con el núcleo de las funciones de representación, legislación y control, y no nos dan la imagen o figura del parlamentario ni el interés de articular la representación política, que debe estar presente en el contenido constitucionalmente protegido de sus derechos.

También es acertado comprender dentro del contenido adicional o suplementario otorgado por el legislador autonómico, a un conjunto de beneficios previstos por reglamentos de algunos parlamentos autonómicos, sin cobertura constitucional directa ni indirecta en la representación, legislación y control parlamentario, tales como un régimen complementario de asistencia social, una cobertura de riesgos con entidades aseguradoras, una asignación de transición y fórmulas de indemnización del cese del mandato; respecto a estas fórmulas, para su exclusión del contenido constitucional se entiende que la indemnización no se adquiere por el desempeño de la función sino que se genera por el cese en la función⁶³⁵.

Este último conjunto de derechos meramente reglamentarios, de carácter adicional o suplementario, no se integran dentro de las facultades del *ius in officium* del parlamentario, ni por tanto al contenido constitucionalmente protegido por el derecho del artículo 23.2; no procediendo el recurso de amparo para su tutela, sino las vías judiciales ordinarias a las que se debe acudir a reclamarlos en los supuestos en que sean infringidos.

⁶³⁴ SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique: "Derechos y deberes de los parlamentarios" op. cit., p. 112.

⁶³⁵ Idem, pp. 110-111.

CAPÍTULO III: DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO.-

1.- Constituciones y Tratados Internacionales.-

El acceso de toda persona a los cargos públicos representativos como derecho fundamental, conjuntamente con el principio de participación ciudadana, es el único que está positivizado a nivel nacional en la Constitución Española y la Constitución Política del Perú, y a nivel internacional en el plano universal en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en el plano regional en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente.

La Constitución Española de 1978 declara en el artículo 23.1 que “los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”, y el artículo 23.2 que “asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

Y la Constitución Política del Perú de 1993 vigente reconoce en el artículo 31, primer párrafo, que “los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas” y “tienen también el derecho de ser elegidos y elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica”.

A nivel global, la Declaración Universal de Derechos Humanos garantiza en el artículo 21, numerales 1 y 2, que “toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”, y “toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

Y en el plano regional interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos declara en el artículo 23.1, literales a, b, y c, que todos los ciudadanos deben gozar de los derechos “de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”, “de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que

garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”, y “de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”. El artículo 23.2 agrega que “la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

2.- Teoría institucional del sufragio: doble dimensión.-

En Europa, a partir del siglo XX, la discusión acerca de la naturaleza del derecho al sufragio como función pública o como derecho, fue paulatinamente perdiendo interés desde sus primeras décadas, hasta quedar casi agotada luego de la II Guerra Mundial por la aprobación de nuevas Constituciones en los Estados europeos y la celebración de las Declaraciones y Tratados Internacionales de derechos humanos, que consideran al sufragio como un derecho humano en la terminología internacional y filosófica, o como un derecho fundamental en la terminología constitucionalista, por emanar de la dignidad del hombre como ser social⁶³⁶.

El doble carácter dimensional institucional del acceso a los cargos públicos restaura y replantea esta vieja polémica, más no en términos excluyentes y antagónicos sino comprendiendo a ambos bajo el mismo derecho fundamental. El sufragio admite tener una dualidad en su naturaleza, por un lado, una (i), subjetiva o individual, y otra (ii), objetiva o institucional⁶³⁷. Así, se configura como un derecho subjetivo individual, de gran importancia para el completo desarrollo de la libertad y la dignidad de la persona, y un principio objetivo valioso para la comunidad por cumplir una función legitimadora imprescindible para el funcionamiento de la democracia⁶³⁸, porque el sufragio hace posible la participación del pueblo en el ejercicio del poder, esencia de la democracia, pues los ciudadanos con su voto,

⁶³⁶ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A.: “El derecho al sufragio” op. cit., p. 1309.

⁶³⁷ ARAGÓN REYES, Manuel: “Democracia y representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio”, en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, N° 9, Año 2000, p. 47.

⁶³⁸ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A.: “El derecho al sufragio” op. cit., p. 1310. Para el autor, una dimensión institucional marcada ha llevado a ciertos ordenamientos jurídicos a establecer que el sufragio es un derecho-deber o derecho de ejercicio obligatorio, cuyo incumplimiento genera sanciones para el infractor.

deciden directamente los asuntos públicos que se les planteen, o eligiendo a los representantes que van a decidirlos⁶³⁹.

Esto significa que, por una parte (i), el sufragio actúa como un derecho subjetivo fundamental desde el momento de la accesibilidad al cargo, por reconocerse al ciudadano las facultades para poder entrar al servicio del Estado, participando en una elección o en un proceso de selección; y por otra (ii), como elemento objetivo del sistema democrático, suponiendo una garantía del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes al proteger especialmente la posición que adquieren éstos; para lo cual se dilata el contenido del derecho hasta incluir el derecho a la permanencia en la función o cargo público, así como el derecho al ejercicio del mismo⁶⁴⁰.

A diferencia de Europa, en los Estados iberoamericanos se ha producido una institucionalización excesiva del sufragio, considerándolo exclusivamente como un deber u obligación que tiene todo ciudadano, en detrimento de su libertad personal⁶⁴¹. Así, la Constitución Política del Perú señala en el artículo 31, párrafo cuarto, que el voto es obligatorio hasta los 70 años de edad, y facultativo sólo después de esa edad.

3.- Derecho de sufragio: activo y pasivo.-

Como principio fundamental, la participación ciudadana en la vida política se concreta en los procedimientos electorales y en el ejercicio del derecho de sufragio que comprende un haz de facultades que convierte a sus titulares, por el *status activae civitatis* que tienen, en sujetos activos en la formación de la voluntad estatal, abriendo la composición de los órganos del Estado y la formación de la voluntad de los mismos a la intervención de los ciudadanos por sí o mediante la actuación de los representantes libremente elegidos⁶⁴². El sufragio forma parte de las llamadas reiteradas que hace la Constitución a la participación

⁶³⁹ Idem, pp. 1309-1310; y, PRESNO LINERA, Miguel Ángel: "La representación política como derecho fundamental" op. cit., pp. 386-390.

⁶⁴⁰ MARTÍN NÚÑEZ, Esther: *El régimen constitucional del cargo público representativo* op. cit., pp. 72-74.

⁶⁴¹ ARAGÓN REYES, Manuel: "Democracia y representación. Dimensiones subjetiva y objetiva ..." op. cit., pp. 47-50.

⁶⁴² SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: *El candidato en el actual sistema de democracia representativa*, Granada, Comares, 1999, p. 84; y, FOSSAS ESPADALER, Enric: *El derecho de acceso a los cargos públicos* op. cit. p. 54.

del individuo en los diversos ámbitos de la convivencia política, económica, social y cultural⁶⁴³.

El sufragio puede para unos tener un significado obvio y darse por sobreentendido y para otros parecer un concepto jurídico indeterminado⁶⁴⁴. Para entender su contenido lo mejor es describir las vertientes y manifestaciones más claras que tiene: primero (i), el sufragio activo, que se concreta en la participación y facultad del ciudadano como elector, expresando libremente su voto en el ejercicio del poder público, sea para elegir a sus representantes o para decidir en votaciones directas las cuestiones que se le planteen⁶⁴⁵; y segundo (ii), el sufragio pasivo, que es la facultad individual a ser elegible y presentarse como candidato en las elecciones, para cargos públicos representativos⁶⁴⁶, de tal forma que lo que le acontezca al segundo repercute, al mismo tiempo, en el primero, y, por ello puede suponer su vulneración conjunta⁶⁴⁷.

El derecho al sufragio pasivo protege el acceso en condiciones de igualdad para formar parte de un órgano del Estado a través del cargo público representativo para el que se postula, lo que significa primero (i), el acceso como la acción de acercarse, llegar o entrar en este caso a un órgano estatal; segundo (ii), a un cargo público designado directamente por una elección popular para representar a los electores; y tercero (iii), las condiciones de igualdad se refieren a aquellas que conformará el legislador para el ejercicio de dicho derecho y que son por tanto los requisitos de elegibilidad o accesibilidad⁶⁴⁸.

Según el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral adoptado por la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho, conocida como la Comisión de Venecia, las condiciones de privación del derecho de sufragio activo y pasivo deben estar previstas en la ley y respetar el principio de proporcionalidad, y las condiciones para privar a una persona

⁶⁴³ AGUIAR DE LUQUE, Luis y GONZÁLEZ AYALA, Ma. Dolores: "Artículo 23.1 El derecho a participar en los asuntos públicos", en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, T. II, p. 649.

⁶⁴⁴ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A.: "El derecho al sufragio" op. cit., p. 1306.

⁶⁴⁵ Idem, p. 1307.

⁶⁴⁶ ARAGÓN REYES, Manuel: "Derecho Electoral: sufragio activo y pasivo", en NOHLEN, Dieter, PICADO, Sonia y ZOVATTO, Daniel (Comps.): *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 111.

⁶⁴⁷ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A.: "El derecho al sufragio" op. cit., p. 1308.

⁶⁴⁸ FOSSAS ESPADALER, Enric: *El derecho de acceso a los cargos públicos* op. cit. p. 110.

del derecho a ser candidato pueden ser menos estrictas que las de que rigen la privación del derecho al voto⁶⁴⁹.

Ahora, conviene precisar que el derecho de los ciudadanos a participar y tener acceso a los cargos públicos se extiende e incluye en el seno de los partidos políticos a la selección de los candidatos que deben hacer, aplicando la democracia interna⁶⁵⁰, porque para que el individuo pueda ejercer de manera real y efectiva su derecho al sufragio pasivo, resulta imprescindible garantizar la existencia de procedimientos democráticos en la toma de las decisiones internas de los partidos que deciden quienes son los candidatos electorales⁶⁵¹. Sin duda que el sufragio pasivo no sería eficaz si la selección interna de los candidatos es secuestrada por los órganos partidarios y no se lleva a cabo acorde a los principios y procedimientos democráticos⁶⁵².

4.- Ius ad officium.-

El Tribunal Constitucional afirma que bajo el artículo 23.2 de la Constitución Española encuentran amparo las distintas manifestaciones del *ius ad officium* y del *ius in officium* de los representantes políticos⁶⁵³. Lo que se denomina *ius ad officium* incluye tanto el derecho a participar en los procedimientos que permiten el acceso y la entrada efectiva del

⁶⁴⁹ Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral, Directriz I, 1, 1.1, d, iii.

⁶⁵⁰ PÉREZ-MONEO, Miguel: *La selección de candidatos electorales en los partidos* op. cit., pp. 163-169; NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio: *Partidos políticos y "democracia interna"*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 437-442; SATRUSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel: "La reforma legal de los partidos políticos", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 46, Enero-Abril 1996, pp. 95-96; y, FLORES GIMÉNEZ, Fernando: *La democracia interna de los partidos políticos*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1998, pp. 226-230.

⁶⁵¹ PÉREZ-MONEO, Miguel: *La selección de candidatos electorales en los partidos* op. cit., p. 167; y, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: *Derecho Electoral Peruano* op. cit., pp. 258-263. Para el autor, el ámbito más importante y que define la eficacia de la Ley de Partidos Políticos para alcanzar el objetivo de democratizar a los partidos, es el que se refiere a la elección de los candidatos a los cargos de elección popular: presidente y vicepresidentes de la República, representantes al Congreso, gobernadores y consejeros regionales, y alcaldes y regidores.

⁶⁵² Idem, p. 169. Para Pérez- Moneo, la exigencia constitucional de democracia interna conectado con el derecho de acceso a los cargos públicos debe proyectarse a los procedimientos internos de selección de candidatos que deben ser regulados por el legislador y quedar sometidos al control jurisdiccional.

⁶⁵³ STC 155/2014, de 25 de septiembre, F.J. 3; y, ATC 942/1985, de 18 de diciembre, F.J. 2.

ciudadano al *officium*, referido al cargo o función pública. Una vez transcurridos y superados, comprende también el derecho subjetivo que adquiere a ocuparlo⁶⁵⁴.

La aplicación de los conceptos del *ius in officium* y el *ius ad officium* a los derechos de los representantes elegidos popularmente, proviene de la traslación de los derechos reales del monarca al Estado democrático. El Rey tiene el *ius in officium*, lo personifica, salvaguarda su dignidad, y sus actividades personales están subordinadas. Y quienes se encuentran en la línea sucesoria a la corona, ostentan el *ius ad officium* para acceder al cargo y a sus funciones, por las vinculaciones que tengan con el fundador del vínculo, y que no pueden ser perjudicadas por el titular actual⁶⁵⁵.

Además, la exigencia para que se respete el acceso en condiciones de igualdad en el *ius ad officium* se refiere a una igualdad aplicada a las condiciones legales a través de las cuales se desarrollan los procedimientos electorales y determinan el acceso al cargo; de esta manera, se configura como una igualdad de trato de los candidatos contendientes, complemento de la expresión constitucional sufragio igual, proyectándose sobre toda la campaña electoral y en los actos preelectorales buscando, precisamente, que los candidatos tengan igualdad de oportunidades para ser elegidos⁶⁵⁶.

5.- Inelegibilidad, incapacidad e incompatibilidad.-

La *capacidad electoral* alude a ciertas condiciones subjetivas cumplidas por el titular para tener el derecho de sufragio tanto activo como pasivo. La *elegibilidad* presupone la capacidad electoral pasiva y que el ciudadano además no se encuentre incurso en algunas de las causas de inelegibilidad que señala la ley. Y la *compatibilidad* implica la capacidad electoral pasiva, la ausencia de causas de inelegibilidad y además no estar en posesión contemporánea de dos cargos u oficios⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ MARTÍN NÚÑEZ, Esther: *El régimen constitucional del cargo público representativo* op. cit., p. 53; la autora afirma que el contenido complejo del derecho de acceso comprende dos grandes núcleos: uno (i) el *ius ad officium*, y dos (ii) el *ius in officium*, regidos ambos por el principio de igualdad.

⁶⁵⁵ CREMADES GARCÍA, Javier: "Efectos del principio hereditario en las funciones moderadoras, arbitral y simbólica del Rey", en TORRES DEL MORAL, Antonio (Dir.): *Monarquía y Constitución (I)*, Madrid, Colex, 2001, pp. 201-202.

⁶⁵⁶ MARTÍN NÚÑEZ, Esther: *El régimen constitucional del cargo público representativo* op. cit., p. 58.

⁶⁵⁷ SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: *El candidato en el actual sistema ...* op. cit., pp. 222-225.

Sensu contrario, la *inelegibilidad* es la falta de aptitud legal para concurrir a un procedimiento electoral ejerciendo el derecho de sufragio pasivo como candidato. Abarca la incapacidad o ausencia de las condiciones jurídicas generales para tener del derecho; pero, la inelegibilidad en sentido estricto es aquella en la que al candidato, teniendo capacidad electoral, se le impide su ejercicio por ocupar determinado cargo, estar en una situación concreta o ejercer cierta actividad que pueda vulnerar el principio de libertad de los electores⁶⁵⁸. La capacidad electoral como premisa para determinar el derecho de sufragio pasivo se diferencia de las causas de inelegibilidad porque no delimita negativamente el derecho sino que es un factor previo a su existencia, y que sólo cuando éste existe puede ser delimitado por alguna de tales causas⁶⁵⁹.

Las causas de *incapacidad electoral* más comunes son la sentencia judicial firme que imponga la inhabilitación o privación del sufragio, y la incapacidad también declarada judicialmente⁶⁶⁰. A diferencia, la inelegibilidad importa el supuesto legal que priva del derecho de sufragio pasivo a una persona, que, de no estar incurso en el mismo, gozaría de la plenitud del derecho, pudiendo participar como candidato en los procedimientos electorales, por lo que consiste en una limitación absoluta o relativa para determinadas elecciones o circunscripciones, por causas legales tasadas, de la capacidad de ejercicio del derecho de sufragio pasivo que tiene⁶⁶¹.

Las causas de inelegibilidad contempladas por la ley sirven para evitar la posición privilegiada que tiene un candidato respecto a sus contendientes que pueda influenciar la libertad de los electores, por el cargo que ocupa o de la actividad que ejerce, como *captatio benevolentiae*; además, trata de proteger el desinterés que debe tener el candidato en relación

⁶⁵⁸ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso: "Artículo 70 Causas de inelegibilidad e incompatibilidad y control judicial de las actas electorales", en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Dir.): *Comentarios a las leyes políticas Constitución Española de 1978*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1989, T. IV, p. 235.

⁶⁵⁹ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: *El derecho de sufragio pasivo Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1999*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 25.

⁶⁶⁰ SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: *El candidato en el actual sistema ... op. cit.*, pp. 211-220.

⁶⁶¹ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: *Procedimiento y garantías electorales*, Pamplona, Civitas-Instituto de Derecho Parlamentario-Thomson Reuters, 2013, p. 91. El autor explica que los extranjeros y los menores de edad no son técnicamente inelegibles en el sistema español, porque no se les limita el ejercicio del derecho de sufragio del que son titulares, sino que no tienen la titularidad de dicho derecho, es decir no tienen capacidad electoral.

a las funciones públicas que aspira ejercer, y los intereses patrimoniales del órgano estatal que pasaría a integrar⁶⁶².

A diferencia de la inelegibilidad, la *incompatibilidad* es la prohibición de que el parlamentario ejerza simultáneamente otro cargo, función o actividad que desvirtúe su mandato como tal y comprometa su libertad e independencia al ejercerlo⁶⁶³. Las causas de incompatibilidad presuponen la condición válida de candidato electo, cumpliendo los requisitos necesarios: capacidad electoral y falta de causas de inelegibilidad, y persigue evitar que se lesionen intereses públicos por la acumulación del cargo para el que ha sido elegido con otro, lo que se salva mediante la obligación de renunciar al cargo incompatible⁶⁶⁴. La prohibición de la posesión acumulativa de los cargos está ligada en sus orígenes a la división de poderes, pues pretende impedir la acumulación del cargo parlamentario con otros relativos a órganos constitucionales e impedir que el parlamentario sea parte de entes controlados o financiados por el Estado⁶⁶⁵.

En relación a las diferencias que tienen sus fundamentos, las inelegibilidades se justifican en evitar presiones electorales y mantener la libertad del elector impidiendo que un candidato con alguna forma de superioridad jurídica, económica o social, pueda concurrir a las elecciones, afectando también el principio de igualdad de oportunidades, y el fundamento de las incompatibilidades radica en la defensa de la libertad y eficacia en el desempeño del mandato parlamentario⁶⁶⁶. Además, en cuanto a sus efectos, las inelegibilidades los despliegan sobre la validez de la proclamación de candidatos y sobre la validez de la elección una vez hecha, y los efectos de las incompatibilidades en nada afectan a la validez de la elección, limitándose a imponer al parlamentario la opción entre el mandato para el que se ha sido elegido y el cargo considerado incompatible que no puede acumular⁶⁶⁷.

De conformidad al artículo 70 de la Constitución Española, la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral establece en el artículo 6.1 las causas generales de inelegibilidad; entre

⁶⁶² SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: *El candidato en el actual sistema* ... op. cit., pp. 224-225.

⁶⁶³ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso: "Artículo 70 Causas de inelegibilidad ..." op. cit., p. 235.

⁶⁶⁴ SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: *El candidato en el actual sistema* ... op. cit., p. 226.

⁶⁶⁵ Idem, pp. 226-227.

⁶⁶⁶ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso: "Artículo 70 Causas de inelegibilidad ..." op. cit., p. 239.

⁶⁶⁷ Ibidem; y, ARAGÓN REYES, Manuel: "Derecho Electoral: Sufragio activo y pasivo" op. cit., p. 118.

éstas, no son elegibles por estar incursos en las mismas: los miembros de la Familia Real Española y sus cónyuges, los Presidentes del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, del Consejo de Estado, del Tribunal de Cuentas y del Consejo Económico y Social, los magistrados del Tribunal Constitucional, los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado y los Consejeros del Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo y sus adjuntos, el Fiscal General del Estado, los magistrados Jueces y Fiscales en situación de activo, los militares profesionales y de complemento y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía, y los Presidentes, Vocales y Secretarios de las Juntas Electorales. Además, en los artículos 155 al 159 contemplan las incompatibilidades de los diputados y senadores, en particular el artículo 157.2 señala, entre ellas, que su mandato es incompatible con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de cualquier puesto, profesión o actividad, públicos o privados, por cuenta propia o ajena, retribuido mediante sueldo, salario, arancel, honorarios o cualquier otra forma.

La Constitución Política del Perú en los artículos 91, 191 y 194, modificados por las Leyes de Reforma Constitucional N° 28607 y N° 30305, dispone que no pueden ser elegidos miembros del Parlamento si no renuncian seis meses antes de la elección: los Ministros y Viceministros, los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Poder Judicial, del Ministerio Público, del Jurado Nacional de Elecciones, el Contralor General, el Defensor del Pueblo, el Presidente del Banco Central de Reserva del Perú, el Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y el Superintendente de Banca y Seguros, los Gobernadores y Vicegobernadores Regionales, los Alcaldes, y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad. Por otro lado, el artículo 92°, párrafo segundo, de la Constitución señala que el mandato de congresista es incompatible con el ejercicio de cualquier otra función pública, excepto la de Ministro y el desempeño, previa autorización del Congreso, de comisiones extraordinarias de carácter internacional.

6.- La expresión “asuntos públicos” como participación política.-

La fórmula genérica y ambigua de los “asuntos públicos”, presente en el artículo 23.1 de la Constitución Española y también en el artículo 31 de la Constitución del Perú y el artículo 23.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como objeto y ámbito

material de la participación de los ciudadanos, nos obliga a explicar el significado y los alcances que tiene como principio estructurador del Estado democrático; sobre el particular, dicha expresión admite dos interpretaciones posibles: una (i) amplia, como participación en los poderes públicos *in genere*, y dos (ii) estricta, como participación política.

Si bien la participación en los asuntos públicos juega primariamente en el ámbito de la elección de las asambleas representativas y en las formas de democracia directa, no se agota en dicho terreno pues dicha expresión incluye toda modalidad de participación en la organización administrativa y en la función judicial⁶⁶⁸, despegándose de un ámbito limitado para conectarse con el principio constitucional de participación en los poderes públicos *in genere*⁶⁶⁹.

Por este principio se atribuye a los poderes públicos *in genere* el compromiso de hacer reales y efectivas las condiciones de libertad e igualdad de los individuos y grupos sociales, incorporando la dialéctica de la dualidad del ciudadano y las acciones de las poder estatal⁶⁷⁰, y que se dirigen a cumplir el mandato imperativo dirigido a los poderes públicos para remover los obstáculos que impidan o dificulten la realización del ser humano⁶⁷¹. Para tal efecto, debe cumplirse el mandato constitucional de facilitar la participación activa de los ciudadanos en la cuádruple referencia a la vida política, económica, cultural y social⁶⁷².

Frente a esta interpretación amplia, se afirma que la participación en los asuntos públicos a la que se refiere la Constitución, en sentido estricto, no es otra más que la política y que sólo admite dos tipos con rango de derecho fundamental: la participación directa y la participación por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por

⁶⁶⁸ SANTAMARÍA, Juan A.: "Artículo 23", en GARRIDO FALLA, Fernando: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 444.

⁶⁶⁹ SÁNCHEZ BLANCO, Ángel: "Los derechos de participación, representación y de acceso a funciones y cargos públicos: la corrección de la unilateral perspectiva política", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 46, Abril-Junio 1985, p. 210.

⁶⁷⁰ SÁNCHEZ BLANCO, Ángel: "La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de Derecho", en *Revista de Administración Pública*, N° 119, Mayo-Agosto 1989, p. 134.

⁶⁷¹ Ibidem.

⁶⁷² Idem, p. 136. El autor explica entre los contenidos de la participación activa en la vida política, además de los procedimientos de elección de las cámaras legislativas y corporaciones territoriales, y que tienen lugar en los partidos políticos; en la vida económica en las asociaciones empresariales, de consumidores o usuarios y los sindicatos; en la vida cultural a los pueblos con tradiciones y lenguas propias; y, a la vida social en los grupos que integran la sociedad (pp. 137-142).

sufragio universal⁶⁷³. La Constitución no protege todo, sino sólo lo más importante para la democracia. El concepto de sufragio universal es el que es atribuido a toda persona en cuanto ciudadano en las entidades públicas en las que participan, y se oponen al estamental o corporativo en cuanto abogado, universitario, médico o cualquier otra calificación⁶⁷⁴.

En este sentido estricto, la participación no es todo tipo de intervención en los asuntos públicos cualquiera que sea su índole y condición, sino que tiene que ser la más importante: la política como expresión del ejercicio de la soberanía estatal, y esta exigencia se cumple bien cuando los ciudadanos lo hacen a través de los gobernantes y representantes elegidos por ellos, o bien cuando se pronuncian de manera inmediata sobre la adopción o no de una decisión política o norma jurídica⁶⁷⁵.

7.- Objeto del derecho: cargo público y función pública.-

Así, desde una perspectiva amplia, el acceso abarcaría también el ingreso a la función pública profesional como objeto⁶⁷⁶, comprendiendo diversos aspectos: por un lado, el acceso a los cargos públicos representativos, y por otro, a la función pública profesional⁶⁷⁷, profesionalizada o los cargos funcionariales⁶⁷⁸. En sentido positivo, el acceso a los cargos públicos representativos provenientes de elección por sufragio universal⁶⁷⁹; y, en sentido negativo, a los cargos y funciones públicas no representativas⁶⁸⁰. En resumen, si se quiere, el cargo público y la función pública respectivamente⁶⁸¹.

⁶⁷³ LÓPEZ GUERRA, Luis: "El derecho de participación en los asuntos públicos", en *XIII Jornadas de estudio Los derechos fundamentales y las libertades públicas*, Madrid, Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica, 1993, T. II, p. 1172.

⁶⁷⁴ Ibidem. El autor sostiene que la participación de los ciudadanos prevista en la Constitución Española está claramente dividida: por una parte, la protegida por el Art. 23.1, con categoría de derecho fundamental; y por otra, las restantes formas de participación, sometidas a sus específicas regulaciones, sin tener tal categoría" (p. 1173).

⁶⁷⁵ PRESNO LINERA, Miguel Ángel: *El derecho de voto* op. cit., p. 115; y, STC 51/1984, de 25 de abril, F.J 2.

⁶⁷⁶ PULIDO QUECEDO, Manuel: "Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones públicas (Comentario a la STC 47/1990, de 20 de marzo)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 30, Septiembre-Diciembre 1990, p. 162; y, PULIDO QUECEDO, Manuel: *El acceso a los cargos y funciones públicas* ... op. cit., pp. 351-356.

⁶⁷⁷ Ibidem.

⁶⁷⁸ PULIDO QUECEDO, Manuel: *El acceso a los cargos y funciones públicas* ... op. cit., p. 351.

⁶⁷⁹ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos* ... op. cit., pp. 41-42.

⁶⁸⁰ PULIDO QUECEDO, Manuel: "Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos ..." op. cit., p. 163.

⁶⁸¹ Idem, p. 165.

Si bien ambas vertientes tienen puntos de conexión, lo cierto es que obedecen a ámbitos de protección diversos que deben tener tratamientos diferentes⁶⁸². Sus fundamentos constitucionales son marcadamente diferenciados por tener bienes jurídicos totalmente distintos; así, los cargos públicos representativos se identifican por la condición que tienen los titulares como representantes políticos de la voluntad popular, expresada en elecciones por sufragio universal, mientras que a los puestos de empleados o funcionarios públicos se ingresa por reclutamiento objetivo, por concurso u oposición, atendiendo a requisitos de mérito y capacidad, que da lugar a un nombramiento y no a una elección política⁶⁸³.

No puede olvidarse que la otra cara de derecho al acceso a la función pública, es el derecho que tienen todos los ciudadanos a tener al frente de la gestión de los servicios públicos a funcionarios y servidores capaces y dedicados a su labor, porque de la eficacia de sus actividades dependerá que el interés general sea debidamente satisfecho⁶⁸⁴.

En el contexto estatal europeo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España sí interpreta y aplica el artículo 23.2 de la Constitución Española para reconocer a ambos grupos de sujetos el derecho fundamental de acceso a los cargos o funciones públicas respectivamente. El Tribunal examinó en un caso si una instrucción del Subsecretario de Educación y Ciencia violaba dicho derecho en perjuicio de los profesores de religión de centros públicos estatales al prohibir que sean candidatos a directos de sus centros respectivos⁶⁸⁵. Si bien se conoce que el objeto tutelable es por excelencia el cargo público *representativo*, ello no ha sido obstáculo para que el artículo 23.2 proteja el *cargo funcional* o no representativo, pero en conexión con el artículo 103.3 relativo a los requisitos de *mérito y capacidad como parámetros*⁶⁸⁶.

Por su parte, en el continente americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado jurisprudencialmente que el artículo 23 de la Convención Americana contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como

⁶⁸² PULIDO QUECEDO, Manuel: *El acceso a los cargos y funciones públicas* ... op. cit., p. 177.

⁶⁸³ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos* ... op. cit., pp. 86-87.

⁶⁸⁴ ALZAGA VILLAAMIL, Oscar: *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ediciones del Foro, 1978, p. 236.

⁶⁸⁵ STC 47/1990, de 20 de marzo, F.Js. 7-8.

⁶⁸⁶ PULIDO QUECEDO, Manuel: "Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos ..." op. cit., p. 172.

ciudadano, ésto es como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto y como candidato a ser elegido popularmente, o como servidor público mediante la designación o nombramiento para ocupar un cargo público⁶⁸⁷; por ejemplo, la Corte Interamericana ha establecido que los magistrados del Poder Judicial a quienes se impida ilegítimamente su acceso, están protegidos por el derecho de acceso a las funciones públicas de su país por nombramiento, no por elección popular, reconocido por el artículo 23.1, literal c, de la Convención Americana⁶⁸⁸.

El Tribunal Constitucional del Perú, inspirado en la doctrina y jurisprudencia española, si bien distingue de manera independiente el acceso al cargo representativo político presente en el artículo 31 de la Constitución Política como el derecho al sufragio pasivo, también lo asimila dentro de un concepto amplio de la función pública, a la que, a su vez, clasifica en representativa y no representativa, o política y profesionalizada respectivamente.

Para el Tribunal, una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto función pública exige entenderlo de manera amplia y material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado⁶⁸⁹, que comprende el cargo o función pública representativa y política reconocido como el derecho a ser elegido o derecho de sufragio pasivo, no siendo óbice para que el derecho de acceso a la función pública comprenda también la función pública no representativa y profesionalizada, cuyo ingreso está vinculada por el principio consustancial del mérito que debe respetar el Estado y toda entidad pública⁶⁹⁰.

En un proceso de amparo interpuesto por un postulante al cargo de Fiscal Supremo, el Tribunal también aplicó la jurisprudencia de la Corte Interamericana, determinando que dado que el postulante obtuvo el primer lugar en el cuadro de méritos, y no se había determinado su responsabilidad en unos hechos que se le imputaban, se vulneraba su derecho

⁶⁸⁷ Sentencia de CIDH de 6 de agosto de 2008, caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, párr. 145.

⁶⁸⁸ Sentencia de CIDH de 5 de agosto de 2008, caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, párrs. 201 y 206-207.

⁶⁸⁹ Sentencia de TCP de 16 de abril de 2015, Exp. N° 05057-2013-PA/TC, Rosalía Huatucu Huatucu, F.J. 8 a).

⁶⁹⁰ Sentencias de TCP de 25 de abril de 2006, Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, Colegio de Abogados de Arequipa y otro, F.Js. 50-51; y, de 16 de abril de 2015, Exp. N° 05057-2015-PA/TC, Rosalía Huatucu Huatucu, F.J. 8 e).

al acceso a la función pública previsto en el artículo 23.1, literal c, de la Convención Americana que forma parte del ordenamiento jurídico peruano⁶⁹¹.

8.- Jurisprudencia: aspectos comunes y singulares.

La jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales en materia de derechos fundamentales de los parlamentarios y de los candidatos que aspiran a serlo, tiene aspectos comunes y singulares. Los contenidos comunes mínimos de los derechos políticos de los ciudadanos desarrollados por la jurisprudencia de las Cortes Internacionales, no impide que las altas Cortes de cada Estado, por su posición primaria y cercana, puedan incorporar aspectos singulares o particulares con una protección mayor a la dispensada por las Cortes Internacionales dada la competencia subsidiaria que éstas tienen.

La importancia que tienen los derechos de participación política para la vigencia del régimen democrático-representativo en los Estados europeos y americanos, provoca que la jurisprudencia muestre más contenidos comunes que singulares en relación a la protección del derecho fundamental a ser elegido y al acceso en los cargos representativos.

Primero (*i*), los Estados europeos tienen un amplio margen de apreciación nacional para definir los sistemas electorales⁶⁹² y las condiciones de inelegibilidad⁶⁹³, y los Estados americanos pueden escoger el sistema electoral⁶⁹⁴ y reglamentar el ejercicio de los derechos políticos⁶⁹⁵. El margen de apreciación nacional que concede el Tribunal Europeo de Derechos Humanos suele reconocer una libertad mayor y un escrutinio laxo o débil a favor de los Estados europeos que la que tienen los Estados americanos según la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Segundo (*ii*), no obstante lo primero, el margen que tienen los Estados europeos no les autoriza a establecer requisitos que disminuyan los derechos políticos de los candidatos al presentarse en una elección hasta afectarlos en su esencia y hacerlos ineficaces, deben

⁶⁹¹ Sentencia de TCP de 16 de enero de 2002, Exp. N° 03891-2011-PA/TC, César Hinostroza Pariachi, F.J. 53.

⁶⁹² Sentencia de TEDH de 8 de julio de 2008, asunto Yumak y Sadak c. Turquía, apars. 110 y 147.

⁶⁹³ Sentencia de TEDH de 1° de julio de 1997, asunto Gitonas y otros c. Grecia, apars. 39 y 44.

⁶⁹⁴ Sentencia de CIDH de 6 de agosto de 2008, caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, párr. 204.

⁶⁹⁵ Sentencia de CIDH de 20 de noviembre de 2014, caso Argüelles y otros vs. Argentina, párrs. 222 y 225-230.

perseguir una finalidad legítima y los medios empleados guardar la proporción debida, y no contrariar la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección⁶⁹⁶. Y la facultad de los Estados americanos para reglamentar el ejercicio de los derechos políticos debe respetar el principio de proporcionalidad para constatar que las medidas legislativas aprobadas por los Estados persigan fines lícitos, satisfagan una necesidad social imperiosa y restrinjan en menor grado los derechos⁶⁹⁷. En ambos sistemas, el principio de proporcionalidad actúa como un límite a las potestades normativas de los Estados.

Tercero (*iii*), una vez aprobadas, la interpretación de los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales es más favorable al goce y ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, al aplicar las normas nacionales restrictivas que impongan causales que excluyan la participación en los procedimientos electorales, para permitir que estos derechos sean efectivos⁶⁹⁸.

Para la Corte Interamericana, los Estados no pueden imponer sanciones de inhabilitación que sean contrarias a los requisitos previstos por la Convención Americana⁶⁹⁹, y que no respeten el principio de proporcionalidad⁷⁰⁰, tampoco estos requisitos pueden ser restricciones excesivas que impidan la participación política de las organizaciones de las comunidades indígenas⁷⁰¹, y deben contemplarse garantías en los aspectos organizativos de los procedimientos electorales y otorgarse recursos judiciales idóneos para su tutela efectiva en caso que se violen⁷⁰². El Tribunal Constitucional del Perú ha establecido que los procedimientos electorales deben incorporar garantías procesales como la presunción de inocencia⁷⁰³ y la preclusión de las etapas de proclamación de los candidatos y de los

⁶⁹⁶ Sentencia de TEDH de 2 de marzo de 1987, asunto Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica, apar. 52.

⁶⁹⁷ Sentencia de CIDH de 20 de noviembre de 2014, caso Argüelles y otros vs. Argentina, párrs. 222 y 225-230.

⁶⁹⁸ Sentencia de CIDH de 1° de setiembre de 2011, caso López Mendoza vs. Venezuela, párr. 107; Sentencias de TCP de 6 de abril de 2004, Exp. N° 2366-2003-AA/TC, Juan Espino Espino, F.J. 6 lits. a) y c); y de 13 de junio de 2012, Exp. N° 05448-2011-PA/TC, Percy Zevallos Fretel, F.J. 33; Sentencia de TEDH de 9 de abril de 2002, asunto Podkolzina c. Letonia, apars. 35-36; STC 45/1983, de 25 de mayo, F.Js. Cuarto y Sexto; STC 162/2011, de 2 de noviembre, F.J. 5; y, STC 85/2003, de 8 de mayo, F.J. 29.

⁶⁹⁹ Sentencia de CIDH de 1° de setiembre de 2011, caso López Mendoza vs. Venezuela, párr. 107.

⁷⁰⁰ Sentencia de CIDH de 20 de noviembre de 2014, caso Argüelles y otros vs. Argentina, párrs. 222 y 225-230.

⁷⁰¹ Sentencia de CIDH de 23 de junio de 2005, caso YATAMA vs. Nicaragua, párrs. 218 y 220.

⁷⁰² Sentencia de CIDH de 6 de agosto de 2008, caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, párrs. 131 y 159.

⁷⁰³ Sentencia de TCP de 6 de abril de 2004, Exp. N° 2366-2003-AA/TC, Juan Espino Espino, F.J. 6 lit. c).

elegidos⁷⁰⁴, y el control jurisdiccional de las resoluciones de los órganos electorales que puedan afectarlas⁷⁰⁵. Reconoce que las sanciones de inhabilitación pueden emanar de juicios políticos seguidos por el Congreso de la República del Perú⁷⁰⁶. En todo caso, estos órganos estatales deben respetar el debido proceso parlamentario y el debido proceso electoral.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce a los Estados un amplio margen de apreciación nacional para adoptar sistemas y barreras electorales⁷⁰⁷ y condiciones de inelegibilidad e incompatibilidad a los titulares de funciones públicas⁷⁰⁸, en función de los factores históricos y políticos propios; sin embargo, establece a través de un control intenso que los Estados al determinar dichas condiciones respeten y garanticen el derecho a presentarse como candidato en una elección, inherente a una sociedad democrática, los procedimientos estatales deben estar a cargo de órganos imparciales y contemplar garantías, y las decisiones deben ser justas y objetivas, no arbitrarias, observando criterios legales, para no convertir los derechos políticos en ilusorios⁷⁰⁹.

El Tribunal Constitucional Español ha adoptado una interpretación más favorable al goce y ejercicio de los derechos políticos, frente a la posibilidad de aplicar lecturas arbitrarias y extensivas de las causas de inelegibilidad a supuestos no previstos legalmente⁷¹⁰, y permite la subsanación de los defectos e irregularidades en la presentación de las candidaturas⁷¹¹; además, verifica si en las candidaturas aparecen un conjunto de factores que permitan inferir razonablemente que son sucesoras de partidos políticos ilegalizados para excluirlas⁷¹².

⁷⁰⁴ Sentencia de TCP de 13 de junio de 2012, Exp. N° 05448-2011-PA/TC, Percy Zevallos Fretel, F.Js. 28 y 33.

⁷⁰⁵ Sentencia de TCP de 6 de abril de 2004, Exp. N° 2366-2003-AA/TC, Juan Espino Espino, F.Js. 4-6 lit. a).

⁷⁰⁶ Sentencia de TCP de 18 de febrero de 2005, Exp. N° 3760-2004-AA/TC, Gastón Ortiz Acha (por Alberto Fujimori), F.Js. 19-21.

⁷⁰⁷ Sentencia de TEDH de 8 de julio de 2008, asunto Yumak y Sadak c. Turquía, apars. 110-115.

⁷⁰⁸ Sentencias de TEDH de 1° de julio de 1997, asunto Gitonas y otros c. Grecia, apars. 39-40; y, de 2 de septiembre de 1998, asunto Ahmed y otros c. Reino Unido, apars. 61-63, 70 y 75.

⁷⁰⁹ Sentencia de TEDH de 9 de abril de 2002, asunto Podkolzina c. Letonia, apar. 35.

⁷¹⁰ STC 45/1983, de 25 de mayo, F.Js. 4 y 6.

⁷¹¹ STC 162/2011, de 2 de noviembre, F.Js. 5-6.

⁷¹² STC 85/2003, de 8 de mayo, F.J. 29.

8.1.- Corte Interamericana de Derechos Humanos.-

A- Sanción administrativa de inhabilitación en el ejercicio de cargo público.-

En el caso **López Mendoza vs. Venezuela**, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegó que la sanción de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos impuesta en un procedimiento administrativo por la Contraloría General de la República, restringía indebidamente los derechos políticos de la víctima reconocidos por el artículo 23.1 de la Convención Americana, por no haberse tratado de una condena emanada de un juez competente en un proceso penal tal como contempla el artículo 23.2 de la Convención.

Al respecto, la Corte Interamericana determinó que el Estado de Venezuela violó los artículos 23.1, literal b, y 23.2 de la Convención en perjuicio de la víctima porque la sanción de inhabilitación no cumplía los requisitos previstos por la Convención para imponer tal restricción de los derechos políticos, pues el órgano que la impuso no fue un juez competente, y tampoco hubo una condena ni un proceso penal, que debía haber respetado las garantías judiciales consagradas por el artículo 8 de la Convención Americana⁷¹³.

B.- Sanción de inhabilitación por sentencia condenatoria penal.-

En el caso **Argüelles y otros vs. Argentina**, las presuntas víctimas alegaron que la sanción de inhabilitación absoluta perpetua, llamada muerte civil o inhabilitación comercial, impuesta por la sentencia condenatoria de un proceso penal, era contraria a los artículos 1, 2 y 23 de la Convención Americana, porque dicha sanción los desterraba de la vida cívica, negaba el derecho a su nacionalidad, y perpetuaba los efectos del delito sin posibilidad de recuperar su lugar en la sociedad.

La Corte Interamericana consideró que la llamada inhabilitación comercial, de bienes o muerte civil, claramente no se encuadra en una de las situaciones previstas por el artículo 23 de la Convención Americana; pero, la pena accesoria de inhabilitación de diez años impuesta a las víctimas sí se ajustaba a la previsión del artículo 23.2 de la Convención, que

⁷¹³ Sentencia de CIDH de 1° de setiembre de 2011, caso López Mendoza vs. Venezuela, párrs. 107 y 109.

permite al Estado reglamentar el ejercicio de los derechos políticos en razón de condena penal por un tribunal competente⁷¹⁴.

Para la Corte, la sanción impuesta respetó el principio de proporcionalidad porque uno (i), la sanción de inhabilitación respetaba el principio de legalidad al estar prevista en el Código Penal argentino; dos (ii), la medida cumplía la finalidad convencional perseguida porque se refirió al supuesto de condena por juez competente en un proceso penal; tres (iii), la medida satisfacía una necesidad social o pública imperiosa en tanto la condena fue impuesta por el delito de defraudación cometido en perjuicio de la Fuerza Aérea argentina y tenía por objetivo proteger el erario público, evitando que los condenados por este tipo de delitos puedan acceder a cargos públicos y participar en elecciones; cuatro (iv); la medida restringió en menor grado los derechos políticos porque no fue perpetua o permanente, sino limitada al plazo legal de diez años, sujeto a la reparación de los daños causados en la medida posible; y, cinco (v), no constaban en autos elementos suficientes para determinar que la medida no se ajustó al objetivo legítimo de resguardar el interés público⁷¹⁵.

C.- Restricción de sufragio pasivo de comunidades indígenas.-

En el caso **YATAMA vs. Nicaragua**, los representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana cuestionaron que el Estado no haya cumplido con permitir la participación política de las organizaciones y comunidades indígenas representadas por YATAMA en las elecciones municipales, imponiéndoles requisitos y cargas excesivas, que excluyeron a sus candidatos y les impidieron ser elegidos y tener acceso en igualdad de condiciones a las funciones y cargos públicos.

Para la Corte, la restricción de participar exigiendo requisitos diseñados para partidos políticos, impuso a los candidatos propuestos por YATAMA una forma de organización ajena a sus costumbres y tradiciones, constituyendo un requisito injustificado que contravino las normas internas del Estado y violó los derechos de participación política y a ser elegidos

⁷¹⁴ Sentencia de CIDH de 20 de noviembre de 2014, caso Argüelles y otros vs. Argentina, párrs. 223 y 231.

⁷¹⁵ Idem, párrs. 225-230.

de los miembros de las comunidades indígenas integradas a YATAMA pues no había un interés público imperativo que satisfacer⁷¹⁶.

No obstante, la Corte advirtió que si bien por las circunstancias particulares de este tipo de comunidades hubo una restricción indebida al derecho a ser elegido, las consideraciones expuestas no son asimilables a todas las hipótesis de agrupaciones políticas que pudieran presentarse en otras sociedades nacionales o sectores de las mismas⁷¹⁷.

D.- Presentación de candidaturas por partidos políticos y candidaturas independientes.-

Por ello, en el caso **Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**, la Corte concluyó que no se había probado que el sistema de registro de candidaturas a cargo de partidos políticos, constituía una restricción ilegítima en la regulación del derecho a ser elegido previsto en el artículo 23.1, literal b, de la Convención Americana, no habiéndose producido, por tanto, una violación de dicho artículo⁷¹⁸.

La víctima alegó que México violó el derecho a la participación política por haber denegado el registro de su candidatura independiente al cargo de Presidente, argumentando que los partidos políticos no son los únicos vehículos para que los ciudadanos puedan postular a cargos de elección popular, y que no pueden existir otras restricciones fuera de las previstas por el artículo 23.2. Al respecto, la Corte estimó que no es posible aplicar a los sistemas electorales adoptados por los Estados las limitaciones del artículo 23.2 de la Convención Americana, pero sí le correspondía examinar si la exclusividad de la nominación de los candidatos a cargos federales por parte de los partidos, implicaba una restricción indebida a los derechos consagrados por la Convención⁷¹⁹.

La Corte luego de examinar si la medida restrictiva respetaba el principio de proporcionalidad, concluyó que la exclusividad de la nominación por los partidos políticos,

⁷¹⁶ Sentencia de CIDH de 23 de junio de 2005, caso YATAMA vs. Nicaragua, párrs. 218 y 220; y, BURGORGUE-LARSEN, Laurence y ÚBEDA DE TORRES, Amaya: *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Estudio y jurisprudencia*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009, pp. 80-81.

⁷¹⁷ Sentencia de CIDH de 23 de junio de 2005, caso YATAMA vs. Nicaragua, párr. 219.

⁷¹⁸ Sentencia de CIDH de 6 de agosto de 2008, caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, párr. 205.

⁷¹⁹ Idem, párr. 161.

era una medida idónea para producir el resultado legítimo perseguido de organizar de manera eficaz los procedimientos electorales y garantizar la libre expresión de la voluntad de los electores de acuerdo a lo establecido por la Convención⁷²⁰. Cualquiera de los dos sistemas, uno construido sobre la base exclusiva de partidos políticos, y otro que admite candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención Americana, por lo que la decisión de escoger un sistema está en las manos de la definición política que haga el Estado de conformidad a sus disposiciones constitucionales⁷²¹.

En este caso, lo que la Corte sí estableció es que el Estado no había ofrecido a la víctima un recurso idóneo para reclamar la alegada violación del derecho a ser elegido, y violó el artículo 25 de la Convención, por considerar que el recurso de amparo y otras acciones procesales no procedían o eran inaccesibles, y eran inefectivos en la época de los hechos; no existiendo, por tanto, ningún recurso efectivo para cuestionar la regulación legal del derecho a ser elegido previsto en la Constitución y en la Convención⁷²².

8.2.- Tribunal Constitucional del Perú.-

A.- Restricción del sufragio pasivo por proceso penal en trámite.-

En el proceso de amparo iniciado por el **candidato a alcalde Juan Espino** contra la resolución de un jurado electoral que declaró fundada una tacha a su candidatura y lo excluyó del procedimiento electoral, el demandante reclamó la aplicación de las prohibiciones previstas en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Municipalidades referidos a procesos civiles,

⁷²⁰ Idem, párr. 203; y, NAVA GOMAR, Salvador Olimpo: “El diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y WENCES, Isabel (Coords.): *La América de los derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 467-468.

⁷²¹ Sentencia de CIDH de 6 de agosto de 2008, caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, párr. 204.

⁷²² Idem, párr. 131; y, CALDAS, Roberto F.: “Impacto en el continente americano de la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y WENCES, Isabel (Coords.): *La América de los derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 389-392. El autor explica que para la Corte las víctimas deben tener, primero (i), la garantía de acceso o accesibilidad a un recurso, y, segundo, la de efectividad del recurso en el sentido que el tribunal competente debe tener la facultad de restituirles en el goce de sus derechos si comprueba que han sido violados.

por haber impedido su candidatura por tener un proceso penal en etapa de investigación a pesar que gozaba de la presunción de inocencia.

Si bien el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda por haber concluido el procedimiento electoral y la afectación se había tornado irreparable, sí examina el caso para establecer doctrina jurisprudencial. El Tribunal afirma que no puede privarse del derecho de participación a quien se encuentre sometido a un proceso penal, porque conforme al cuadro de valores portulado por la Constitución, toda persona es considerada inocente mientras su responsabilidad no quede acreditada fehacientemente, lo que supone una sentencia firme expedida como corolario de un proceso penal justo o debido⁷²³.

Además de admitir el control jurisdiccional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en los supuestos de afectación a los derechos fundamentales y principios constitucionales⁷²⁴, el Tribunal establece que las resoluciones que declaran fundada una tacha contra un candidato no se interpretan como decisiones definitivas e irrecurribles en la misma sede electoral, por dos razones: primero (*i*), el derecho de participación ciudadana merece que se tomen las precauciones suficientes para que tal decisión sea objetiva; y, segundo (*ii*), las resoluciones que afecten derechos fundamentales deben contar con la posibilidad de ser recurridas ante una autoridad diferente de quien la tomó, como garantía de la instancia plural o expresión de un auténtico proceso debido⁷²⁵.

B.- Sanción de inhabilitación en ejercicio de cargo público por resolución del Congreso.-

En el proceso de amparo iniciado a favor del **ex Presidente de la República Alberto Fujimori**, se reclamó la resolución del Congreso de la República que le impuso la sanción de inhabilitación de la función pública por diez años, por haber cometido infracción de los artículos 38 y 118 de la Constitución con ocasión de su decisión de no regresar al país y abandonar el cargo de Presidente. El Tribunal se pronunció sobre los alcances y efectos de la

⁷²³ Sentencia de TCP de 6 de abril de 2004, Exp. N° 2366-2003-AA/TC, Juan Espino Espino, F.J. 6 lit. c).

⁷²⁴ Idem, F.Js. 4-5.

⁷²⁵ Idem, F.J. 6 lit. a).

sanción política de inhabilitación dispuesta por el Congreso sobre el derecho fundamental a ser elegido y a acceder a los cargos y funciones públicas.

El demandante alegaba que se habían violado los derechos fundamentales a la participación política, a elegir y ser elegido, así como a la presunción de inocencia, porque, según el artículo 33 de la Constitución, el ejercicio de la ciudadanía se suspende mediante sentencia judicial condenatoria con inhabilitación de derechos políticos, y la sanción de inhabilitación prevista por los artículos 99 y 100 es aplicable sólo a los funcionarios públicos en ejercicio y no cuando ya no tienen dicha condición.

Para el Tribunal, la inhabilitación política despliega sus efectos sobre los derechos políticos, en dos ámbitos: uno *(i)* material o sustantivo, y otro *(ii)* temporal. En el primero *(i)*, los efectos de la inhabilitación impiden al funcionario sancionado ejercer los derechos de participación y sufragio (elegir y ser elegido), y a tener actividades en las organizaciones políticas; y en el segundo *(ii)*, el Congreso puede inhabilitarlo hasta por diez años, teniendo discrecionalidad para determinar el tiempo dentro de los límites previstos por el artículo 100 de la Constitución⁷²⁶. Asimismo, en el ámbito personal, los funcionarios pasibles de juicio político y de sanción de inhabilitación pueden encontrarse en ejercicio de sus funciones o pueden ser procesados por los delitos de función y por infracción constitucional cometidos con ocasión de haber ocupado el cargo público⁷²⁷.

Para el Tribunal, el poder constituyente otorgó al Congreso una atribución para tutelar los principios y valores democráticos, por la que dispuso la sanción de inhabilitación al ex Presidente por diez años en el ejercicio de toda función pública, y se trata de una limitación que no afecta al contenido constitucional de dicho derecho porque su imposición fue razonable y proporcional al daño constitucional cometido⁷²⁸. Además, la inhabilitación opera tanto para acceder a los cargos públicos derivados de elección como acceder para los cargos y funciones públicas mediante concurso público o designación⁷²⁹.

⁷²⁶ Sentencia de TCP de 18 de febrero de 2005, Exp. N° 3760-2004-AA/TC, Gastón Ortiz Acha (por Alberto Fujimori), F.Js. 19-21.

⁷²⁷ Idem, F.J. 10.

⁷²⁸ Idem, F.J. 21.

⁷²⁹ Idem, F.J. 22.

C.- Restricción del sufragio pasivo por exclusión del procedimiento electoral.-

En otro proceso de amparo, el **consejero regional electo Percy Zevallos** reclamó la resolución del Jurado Nacional de Elecciones que, con posterioridad a su elección, declaró fundada una solicitud de un ciudadano y dispuso excluirlo del procedimiento electoral como candidato por el motivo de no residir en la circunscripción, por estimar que violaba sus derechos constitucionales a ser elegido y al debido proceso.

Si bien el Tribunal reconoce la facultad de los órganos electorales de regularizar el procedimiento, revisar los requisitos legales y excluir a un candidato si tiene algún vicio que afecte las garantías sustanciales del mismo⁷³⁰, también establece una garantía que limita dicha potestad atendiendo a la naturaleza de las etapas preclusivas de los procedimientos electorales, y que se realice oportunamente y sin alterar el cronograma electoral⁷³¹.

Sobre la posibilidad de tramitar solicitudes de exclusión fuera del período de tachas de las candidaturas, bajo la cobertura del derecho genérico de petición, el Tribunal afirma que dicha hipótesis crea un nuevo procedimiento que vacía de contenido el plazo legal que tienen los terceros para impugnar las candidaturas, que opera como una garantía del candidato quien debe tener la certeza de que una vez transcurrido dicho plazo no puede ser excluido. Además, la exclusión en tales términos desinforma al electorado que acude al acto de votación sabiendo que el candidato está habilitado, y por eso decide votar por él, para que luego sea excluido del procedimiento electoral⁷³².

No es relevante si se trataba de una tacha o de una solicitud de exclusión en ejercicio del derecho de petición, porque la potestad para excluir a un candidato debe ser tramitada y declarada fundada en su oportunidad, es decir mientras la persona continúe siendo un candidato y la etapa de convocatoria aún no haya terminado ni precluido⁷³³.

Por estas razones, el Tribunal declaró fundada la demanda de amparo y ordenó al órgano electoral que entregue al demandante la acreditación de consejero regional electo, por

⁷³⁰ Reglamento de Inscripción de Candidatos aprobado por la Resolución N° 247-2010-JNE, artículo 11.5.

⁷³¹ Sentencia de TCP de 13 de junio de 2012, Exp. N° 05448-2011-PA/TC, Percy Zevallos Fretel, F.J. 28.

⁷³² Idem, F.J. 33.

⁷³³ Idem, F.J. 34.

considerar que el demandante había participado en el procedimiento electoral como candidato habilitado, y resultó elegido en el cargo, por lo que la decisión cuestionada dictada diez días después de la elección no era la mera exclusión de un candidato del procedimiento electoral, sino que impidió que una autoridad ya electa pueda ejercer sus funciones⁷³⁴.

D.- Acceso a la función de juez y fiscal.-

En el proceso de inconstitucionalidad contra la ley que exigía a los postulantes haber aprobado previamente el **Programa de Formación Académica (PROFA)** para concursar y acceder al cargo de juez, los demandantes dos colegios de abogados alegaron que contravenía el principio de igualdad porque ocasionaba una discriminación a los abogados que no siguieron los cursos del programa, y brindaba un trato preferencial a quienes sí lo llevaron.

El Tribunal si bien reconoce que la Constitución no tiene en su catálogo de derechos el derecho al acceso en condiciones de igualdad, afirma que ésta presente en el mismo por estar reconocido por el Derecho Internacional de los derechos humanos del que el Estado es parte, a través del artículo 25, inciso c, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 23.1, literal c, de la Convención Americana de Derechos Humanos, que sí lo declaran y garantizan a favor de todo ciudadano⁷³⁵. El Tribunal señala que el contenido de este derecho tiene un mismo objeto que es la función pública, y puede desmembrarse en dos: uno (i), el derecho subjetivo de acceso a la función pública, con la facultad de todo ciudadano de incorporarse a ella, y dos (ii), a condiciones de igualdad en el acceso, que implica una exigencia para que se haga en igualdad de condiciones⁷³⁶.

El derecho al acceso a la función pública aquí invocado si bien tiene particularidades enfocadas para cargos funcionariales no representativos, aporta la interpretación amplia que hace el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana en relación al artículo 23.1, literales b y c, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se refiere conjuntamente

⁷³⁴ Idem, F.J. 37.

⁷³⁵ Sentencia de TCP de 25 de abril de 2006, Exp. N° 0025-2005-PI/TC y N° 0026-2005-PI/TC, Colegio de Abogados de Arequipa y otro, F.J. 24.

⁷³⁶ Idem, F.J. 38.

al derecho a ser elegido en elecciones por sufragio universal y al acceso a las funciones públicas de su país, como se ha visto en el apartado 7.

Para examinar la constitucionalidad de la ley, el Tribunal aplica el test de igualdad bajo el principio de proporcionalidad. Luego de considerar satisfecho el subprincipio de idoneidad por estar dirigido al objetivo de dotar una magistratura idónea, no encuentra superado el de necesidad por la existencia de otras medidas alternativas menos gravosas. El objetivo de tener una magistratura idónea se puede alcanzar a través de la alternativa de realizar un concurso abierto para todos los abogados, y con el seguimiento y aprobación posterior del curso del PROFA a los que ganaron el concurso como una condición para su nombramiento como jueces y el ejercicio de sus funciones judiciales⁷³⁷, sin que ello conlleve una afectación al derecho de acceso a la función pública⁷³⁸.

En el proceso de amparo promovido por el **postulante César Hinostroza** al cargo de Fiscal Supremo, el Tribunal protegió el derecho al acceso a la función pública lesionado de modo concurrente con los derechos y garantías del debido proceso. En este caso, consideró violado el derecho al acceso porque el postulante había ocupado el primer lugar en el cuadro de méritos, y no se había acreditado objetiva y razonablemente alguna responsabilidad por los hechos que se le imputaban⁷³⁹.

Además, el Tribunal dirigió su argumentación a la derechos y garantías del debido proceso del afectado, pues concluye que el Consejo Nacional de la Magistratura se negó a nombrar al demandante al cargo al que postuló, incurriendo en una motivación insuficiente, y violando, por tanto, sus derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones previstos por el artículo 139°, numerales 3 y 5, de la Constitución⁷⁴⁰.

⁷³⁷ Idem, F.J. 92.

⁷³⁸ Idem, F.J. 93.

⁷³⁹ Sentencia de TCP de 16 de enero de 2002, Exp. N° 03891-2011-PA/TC, César Hinostroza Pariachi, F.J. 53.

⁷⁴⁰ Idem, F.J. 60.

8.3.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos.-

A.- Interpretación favorable a derechos subjetivos de participación política.-

En el primer caso, el asunto **Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica**, frente a la interpretación restrictiva del artículo 3 del Protocolo Adicional N° 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos que no extraía de él derechos fundamentales subjetivos sino la obligación objetiva de los Estados a organizar elecciones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a instancia de la Comisión Europea, reconoce en esta cláusula a los derechos subjetivos de participación política y abre la vía del recurso individual a las víctimas por las violaciones de los mismos⁷⁴¹, a través de una mutación del Protocolo del Convenio⁷⁴².

El Tribunal compartió la evolución de la Comisión acerca de la naturaleza de estos derechos, que se inició con la idea de un derecho institucional a la organización de elecciones libres, y que después pasa a considerar que se tratan de derechos subjetivos de participación: los derechos al voto y a presentarse como candidato en las elecciones al Parlamento⁷⁴³. El color o apariencia interestatal del artículo 3 no refleja ninguna diferencia de fondo con las demás disposiciones del Convenio, sino que se explica por el propósito de dar mayor solemnidad a las obligaciones contraídas, que no suponen una abstención o no injerencia como en otros derechos civiles, sino la adopción por parte de los Estados de medidas positivas para organizar elecciones democráticas⁷⁴⁴.

Al tratarse de derechos que no son absolutos sino que sujetos a limitaciones implícitas, para el Tribunal, los Estados, en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, pueden someterlos a requisitos para los que el artículo 3 no supone obstáculo porque los Estados gozan en esta materia de un amplio margen de apreciación. Sin embargo, corresponde al Tribunal resolver, en última instancia, sobre el cumplimiento de las exigencias del Protocolo N° 1, asegurándose que los requisitos establecidos no disminuyan los derechos

⁷⁴¹ GARCÍA ROCA, Javier: “Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (Art. 3- P1 CEDH), en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (Coords.): *La Europa de los derechos El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 717-719.

⁷⁴² GARCÍA ROCA, F. Javier y DALLA VÍA, Alberto R.: “Los derechos políticos y electorales ...” op. cit., p. 240.

⁷⁴³ Sentencia de TEDH de 2 de marzo de 1987, asunto Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica, apar. 51.

⁷⁴⁴ Idem, apar. 50.

de que se trata hasta afectarlos en su propia esencia y hacerlos totalmente ineficaces, de que persiguen una finalidad legítima y de que los medios empleados guardan la debida proporción, y sobretodo no deben contrariar la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo⁷⁴⁵.

Así, en relación al procedimiento de elección del cuerpo legislativo, no circunscrito al Parlamento nacional, sino interpretado de acuerdo a la estructura constitucional de cada Estado, el artículo 3 se limita a exigir elecciones libres que se celebren a intervalos razonables, con escrutinio secreto y en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo, con la salvedad que no crea ninguna obligación de establecer un determinado sistema, como por ejemplo la representación proporcional o la votación por mayoría en una o dos vueltas. Aquí también el Tribunal reconoce a los Estados parte un amplio margen de apreciación, teniendo en cuenta que la legislación en esta materia varía según las circunstancias de tiempo y lugar⁷⁴⁶.

B.- Causas de inelegibilidad: margen de apreciación nacional.-

En el asunto **Gitonas y otros c. Grecia**, los reclamantes pertenecientes a diferentes partidos y coaliciones políticas, elegidos por sus circunscripciones como diputados miembros del Parlamento, cuestionaron las decisiones del Tribunal Supremo Electoral que anularon su elección en aplicación de la causa de inelegibilidad prevista por el artículo 56, párrafo 3, de la Constitución Griega, por violar el derecho de los electores a elegir libremente sus representantes y el derecho propio a ser elegidos, basándose en el artículo 3 del Protocolo Adicional N° 1 al Convenio Europeo⁷⁴⁷.

Los reclamantes que se desempeñaban en diferentes cargos públicos como directores de entidades y empresas estatales, alegaban que sus cargos no encajaban en la previsión constitucional, pero el Tribunal Supremo Electoral la había interpretado expansivamente para

⁷⁴⁵ Idem, apar. 52.

⁷⁴⁶ Idem, apar. 54.

⁷⁴⁷ Ver Sentencia de TEDH de 1° de julio de 1997, asunto Gitonas y otros c. Grecia, apar. 36.

crear un nuevo supuesto de inelegibilidad y decidir que sí encajaban, por lo que estimó los recursos de sus competidores y los privó de su plaza⁷⁴⁸.

Al pronunciarse sobre el caso, el Tribunal Europeo destacó que cada uno de los Estados, según su ordenamiento jurídico, cuenta con un amplio margen de disposición a la hora de fijar las opciones electorales, el estatuto del parlamentario y las condiciones de inelegibilidad, siempre que respeten las previsiones del artículo 3. Ello parte de preocupaciones comunes de los Estados del Consejo de Europa en relación a la participación en las elecciones de candidatos que sean titulares de funciones públicas, dependiendo de los factores históricos y políticos propios de cada Estado. Las diversas opciones y criterios que se pudieran tomar pueden ser válidas siempre que quede garantizada la expresión de la voluntad del pueblo a través de elecciones libres, honestas y periódicas⁷⁴⁹.

El Tribunal Europeo explicó que la causa de inelegibilidad cuestionada, presente en no pocos Estados Europeos, persigue dos objetivos relacionados con el régimen democrático: por una parte *(i)*, asegurar la igualdad de los candidatos porque los titulares de las funciones públicas se encuentran en situaciones de ventaja en desmedro de los otros candidatos, y por otra *(ii)*, preservar al cuerpo electoral de las presiones de quienes, por razón de sus funciones, adoptan decisiones importantes y gozan de prestigio ante los administrados, que podría influenciar en sus opciones electorales⁷⁵⁰.

El Tribunal Europeo estableció que correspondía principalmente a las autoridades y tribunales nacionales la interpretación y aplicación del derecho interno, y, en este caso, el Tribunal Supremo Especial era el competente para decidir las controversias sobre las inhabilitaciones y si alguien resultó elegido con violación de las leyes aplicables, puede determinar que pierda su posición como miembro del Parlamento⁷⁵¹. El Tribunal Supremo Especial decidió que los puestos ocupados por los solicitantes eran similares a los descritos

⁷⁴⁸ Idem, apars. 6, 11, 15, 19 y 24; y, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: “Los derechos electorales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en PASCUA MATEO, Fabio (Dir.): *Estado democrático y elecciones libres: Cuestiones fundamentales de Derecho Electoral*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, p. 42.

⁷⁴⁹ Sentencia de TEDH de 1º de julio de 1997, asunto Gitonas y otros c. Grecia, apars. 39-40; y, Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo: “Los derechos electorales a la luz ...” op. cit., pp. 42-43.

⁷⁵⁰ Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo: “Los derechos electorales a la luz ...” op. cit., p. 43.

⁷⁵¹ Sentencia de TEDH de 1º de julio de 1997, asunto Gitonas y otros c. Grecia, apar. 44.

por la previsión constitucional, y para el Tribunal Europeo no había nada en sus resoluciones que sugieran que las anulaciones fueran contrarias a la legislación griega, arbitrarias o desproporcionadas, o que hayan frustrado la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo, por lo que declaró que no hubo violación del artículo 3 del Protocolo N° 1⁷⁵².

C.- Incompatibilidades de funcionarios públicos: margen de apreciación nacional.-

En el asunto **Ahmed y otros c. Reino Unido**, los reclamantes se desempeñaban en puestos como funcionarios públicos en las administraciones locales y eran candidatos del Partido Laborista, que cuestionaron la aplicación del Reglamento que prohibía la participación de las personas que ocupasen puestos sometidos a restricciones en el plano político en las elecciones a nivel local, nacional y europeo⁷⁵³. Dicho Reglamento se basaba en una Ley de 1989 y en las recomendaciones de la Comisión Widdincombe, creada para estudiar los roles de los miembros elegidos y los funcionarios locales que se habían altamente politizado y que propuso reformas legislativas para asegurar la neutralidad y mantener la tradición de un cuerpo permanente imparcial en el servicio público⁷⁵⁴.

El Tribunal no consideró violado el artículo 10 ni el 11 ni el artículo 3 del Protocolo N° 1 porque las restricciones respondían a una finalidad legítima que era garantizar la imparcialidad política, y no violaban la esencia del derecho, puesto que cualquiera de los recurrentes que desee presentarse a la elección era libre de renunciar a su puesto a través de un procedimiento fácil⁷⁵⁵.

⁷⁵² Ibidem.

⁷⁵³ Sentencia de TEDH de 2 de septiembre de 1998, asunto Ahmed y otros c. Reino Unido, apars. 7, 13-22 y 39.

⁷⁵⁴ Idem, apars. 8-12; y, GARCÍA ROCA, Javier: "Del compromiso internacional de los Estados ..." op. cit., p. 727.

⁷⁵⁵ GARCÍA ROCA, Javier: "Del compromiso internacional de los Estados ..." op. cit., p. 727; LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki: "Artículo 3. Derecho a elecciones libres", en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.): *Convenio Europeo de Derechos Humanos Comentario sistemático*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, pp. 829-830; y, Sentencia de TEDH de 2 de septiembre de 1998, asunto Ahmed y otros c. Reino Unido, apars. 61-63, 70 y 75.

En esta sentencia, los votos particulares dejan constancia de un debate interesante en el seno del Tribunal. Un voto concurrente opinaba que los funcionarios públicos, especialmente de los gobiernos locales, no debían estar autorizados a presentarse como candidatos. Pero un voto disidente se manifestó contrariamente, afirmando que los servidores públicos no pueden ser miembros silentes de la sociedad y deben poder participar en las discusiones de los asuntos públicos, y el sacrificio del derecho era desproporcionado por ser posible el empleo de otros medios equivalentes y menos restrictivos⁷⁵⁶. Mientras que el voto disidente efectuó un control intenso en la conformación legal del derecho, la mayoría del Tribunal y el voto concurrente optaron por un control débil y prudente por respeto al margen de apreciación que tienen los Estados para configurar con libertad el derecho en cuestión⁷⁵⁷.

D.- La lengua oficial como requisito de elegibilidad.-

En el asunto **Podkolzina c. Letonia**, la demandante era miembro de la minoría de lengua rusa, alegaba que el acto de haber sido excluida de un lista de candidatos en las elecciones al Parlamento, por el conocimiento insuficiente del idioma oficial el letón, constituyó una violación del derecho a presentarse como candidata en las elecciones, garantizado por el artículo 3 del Protocolo N° 1. El artículo 5, punto 7, de la Ley de Elecciones Parlamentarias dispuso que las personas que no tengan conocimiento de la lengua oficial en el nivel superior no pueden presentarse como candidatos a la elección⁷⁵⁸.

El Gobierno argumentó que la obligación del candidato de conocer el letón se justificaba por la necesidad de garantizar el funcionamiento adecuado del Parlamento por tratarse del idioma de trabajo, y permite que los parlamentarios elegidos participen activamente y defiendan eficazmente los intereses de sus electores. El Tribunal Europeo,

⁷⁵⁶ Ibidem; y, Sentencia de TEDH de 2 de septiembre de 1998, asunto Ahmed y otros c. Reino Unido, Opinión Concurrente del Juez Meyer y Opinión Disidente Conjunta de Jueces Spielmann, Pekkanen y Van Dijk. El juez concurrente expresó que para una sociedad democrática era legítimo garantizar la lealtad de los funcionarios en el servicio público y la libertad de los electores en la elección, y que los ciudadanos tenían el derecho a la imparcialidad y neutralidad política de sus servidores para que no busquen su beneficio. En contraste, los jueces disidentes opinaban que fortalecer la democracia a expensas de la libertad de expresión se justifica sólo en situaciones extremas, e impedir la participación de los servidores como candidatos no renuncian, no fortalece la democracia porque ésta requiere de los mejores y más experimentados parlamentarios.

⁷⁵⁷ Ibidem, p. 727.

⁷⁵⁸ Sentencia de TEDH de 9 de abril de 2002, asunto Podkolzina c. Letonia, apars. 3,7, 13 y 18.

respetando el margen de apreciación del Estado, manifestó que el requisito de tener conocimiento suficiente de la lengua oficial perseguía un objetivo legítimo⁷⁵⁹.

No obstante ello, el Tribunal evaluó si la exclusión del demandante de la lista de candidatos era proporcionada en relación al objetivo perseguido⁷⁶⁰, porque el derecho a presentarse como candidato en una elección, garantizado por el artículo 3 del Protocolo N° 1, e inherente a un régimen verdaderamente democrático, sería ilusorio si pudiera ser privado arbitrariamente del mismo. Si bien es cierto que los Estados tienen un amplio margen de apreciación para establecer las condiciones de elegibilidad, el principio de que los derechos deben ser eficaces requiere que un órgano imparcial constate si un candidato no ha satisfecho dichas condiciones, con una apreciación que no sea exorbitantemente amplia, esté prevista con precisión por la legislación nacional, y mediante un procedimiento que garantice una decisión justa y objetiva, para evitar el abuso del poder de la autoridad competente⁷⁶¹.

Al respecto, el Tribunal apreció que la solicitante tenía un certificado oficial que acreditaba su dominio del letón con el nivel superior exigido, expedido después de haber sido evaluada con criterios objetivos por una junta de cinco examinadores, con deliberaciones y una votación⁷⁶². Pero, el centro de idiomas del Estado decidió someter a la solicitante a un nuevo examen a pesar que tenía dicho certificado, y el procedimiento adicional que se le siguió fue distinto al que había cumplido previamente, fue llevado a cabo por un sólo examinador con un poder exorbitante, no por una junta de expertos, sin las garantías y criterios de evaluación previstos por la ley⁷⁶³.

Por tales razones, el Tribunal concluyó que el procedimiento aplicado a la demandante fue incompatible con los requisitos de equidad procesal y seguridad jurídica que debieron ser satisfechos, y que la decisión de excluir a la solicitante de la lista de candidatos

⁷⁵⁹ Idem, apar. 34.

⁷⁶⁰ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: "Los derechos electorales a la luz ..." op. cit., pp. 50-52; y GARCÍA ROCA, Javier: "Del compromiso internacional de los Estados ..." op. cit., pp. 727-728.

⁷⁶¹ Sentencia de TEDH de 9 de abril de 2002, asunto Podkolzina c. Letonia, apar. 35.

⁷⁶² Idem, apar. 36.

⁷⁶³ Ibidem. El Tribunal Europeo expresó su sorpresa por el hecho relatado por la demandante, no contradicho por el Gobierno, que en el examen se le interrogó por su orientación política, no teniendo nada que ver con el buen conocimiento del letón.

no fue proporcionada en relación a la finalidad legítima invocada por el Estado; declarando, por tanto, que hubo violación del artículo 3 del Protocolo N° 1⁷⁶⁴.

E.- La privación del sufragio a presos por sentencia condenatoria.-

En el asunto **Hirst c. Reino Unido**, el demandante reclamó la prohibición legal a votar por haber sido condenado a cadena perpetua prevista por el artículo 3 de la Ley de elecciones legislativas y locales de 1983, por vulnerar el artículo 3 del Protocolo N° 1⁷⁶⁵. Pero, el Gobierno argumentó que el derecho al voto no era absoluto y que los Estados tenían un amplio margen de apreciación para determinar sus condiciones de ejercicio, en dicho sentido la ley que prohibía el voto a los presos condenados como parte de su castigo, era producto de la tradición histórica y contaba con la aprobación del Parlamento⁷⁶⁶.

Al analizar la compatibilidad de la medida legal prohibitiva con el Protocolo N° 1 en cuanto pudiera perseguir un objetivo legítimo de manera proporcionada, el Tribunal Europeo estableció, haciendo un control intenso⁷⁶⁷, que si bien el margen de apreciación de los Estados es amplio, no lo abarca todo y la ley privaba del derecho convencional al voto porque imponía una restricción automática e indiscriminada a los condenados en prisión, con independencia de la duración de su condena, la naturaleza o gravedad de su delito y sus circunstancias personales. La restricción de un derecho convencional de importancia vital devenía fuera de un margen aceptable de apreciación, y al haberse desviado del margen, resultaba incompatible con el artículo 3 del Protocolo N° 1⁷⁶⁸.

Como conclusión, el Tribunal declaró que hubo una violación del artículo 3 del Protocolo N° 1, En la sentencia invocó, entre otros fundamentos relevantes, el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral adoptado por la Comisión Europea para la Democracia

⁷⁶⁴ Idem, apars. 36 y 38.

⁷⁶⁵ Sentencia de TEDH de 6 de octubre de 2005, asunto Hirst c. Reino Unido, apars. 12, 14 y 43. El artículo 3 de la Ley de 1983 dispuso que una persona condenada durante el tiempo de su detención en una institución penal en cumplimiento de su sentencia, es incapaz legalmente de votar en cualquier elección parlamentaria o local (apar. 21).

⁷⁶⁶ Idem, apars. 42 y 47.

⁷⁶⁷ GARCÍA ROCA, Javier: "Del compromiso internacional de los Estados ..." op. cit., p. 729. Para García Roca, el control que efectúa el Tribunal no es débil sino intenso, rechazando allí la doctrina del margen de apreciación nacional y sentando una excepción a la regla general.

⁷⁶⁸ Sentencia de TEDH de 6 de octubre de 2005, asunto Hirst c. Reino Unido, apar. 82; y, GARCÍA ROCA, Javier: "Del compromiso internacional de los Estados ..." op. cit., p. 729.

por el Derecho, o Comisión de Venecia, que incluye directrices sobre las circunstancias que pueden privar del derecho a votar o a ser elegidos⁷⁶⁹, así como la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 31 de octubre de 2002 que había declarado inconstitucional una disposición legal que negaba el derecho al voto de las personas reclusas en una institución correccional con una pena mayor de dos años, por infringir la Carta Canadiense de Derechos y Libertades⁷⁷⁰.

F.- La suspensión del sufragio por detención preventiva.-

En el asunto **Labita c. Italia**, 6 de Abril de 2000, el demandante había sido detenido preventivamente con ocasión del proceso judicial en el que fue acusado por ser sospechoso de pertenecer a una organización mafiosa⁷⁷¹; entre los maltratos sufridos durante la detención, alega que la Comisión Electoral Municipal decidió suprimir al demandante del censo electoral, privándolo del derecho de sufragio, según lo dispuesto por los Artículos 2º y 32º del Decreto Presidencial N° 223 de 20 de marzo de 1967⁷⁷².

El Gobierno sostuvo que la suspensión provisional del derecho a votar del demandante no era desproporcionada en vista del riesgo real de que las personas sospechosas de pertenecer a la mafia podían ejercer su voto a favor de otros miembros de la mafia, y con esta medida se pretendía evitar que la mafia ejerza alguna influencia sobre los órganos elegidos. En relación a tales alegaciones, el Tribunal Europeo expresó que no tenía duda que la suspensión temporal del derecho de voto de las personas contra quienes hay evidencia de ser miembros de la mafia persigue un objetivo legítimo⁷⁷³.

⁷⁶⁹ Sentencia de TEDH de 6 de octubre de 2005, asunto Hirst c. Reino Unido, apar. 32. El Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral en la Directriz I, 1, 1.1, d), señala que la privación del derecho de sufragio activo y pasivo está sujeto a condiciones acumulativas: uno (i) debe estar prevista en la ley, dos (ii) debe respetar el principio de proporcionalidad, las condiciones para privar a una persona del derecho a presentarse como candidato pueden ser menos estrictas que las que rigen la privación del derecho al voto, tres (iii) debe estar basada en la incapacidad mental o la condena penal por un delito grave, y cuatro (iv) sólo puede ser impuesta por decisión expresa de un tribunal de justicia.

⁷⁷⁰ Idem, GARCÍA ROCA, Javier: "Del compromiso internacional de los Estados ..." op. cit., pp. 728-729.

⁷⁷¹ Sentencia de TEDH de 6 de abril de 2010, asunto Labita c. Italia, apar. 10.

⁷⁷² Idem, apars. 77 y 110-111. Los artículos 3 y 32 del decreto disponían que a las personas que se les impongan medidas preventivas por una orden judicial o una decisión administrativa, se les privaba del derecho de voto, y que el Comité Electoral Municipal procedía a suprimir su nombre del registro electoral.

⁷⁷³ Idem, apars. 199 y 203.

Sin embargo, el Tribunal observó que si bien la medida fue impuesta durante el transcurso del juicio, no se aplicó hasta que el juicio había finalizado cuando el solicitante ya había sido absuelto por no haber cometido. En tal sentido, cuando fue suprimido del registro electoral no había evidencia concreta sobre la que podía estar basada una sospecha de que el solicitante pertenecía a la mafia⁷⁷⁴. Por ello, para el Tribunal, la medida no podía considerarse proporcionada, y determinó que se produjo una violación del artículo 3 del Protocolo N° 1.

G.- Barrera electoral: margen de apreciación nacional.-

En el asunto **Yumak y Sadak c. Turquía**, el Partido Democrático del Pueblo y una alianza de partidos de izquierda obtuvieron el 46% de votos en una circunscripción, pero no superaron la barrera legal del 10% de los votos a nivel nacional y por tanto no obtuvieron representación parlamentaria. El Tribunal aprovecha el caso para revisar los sistemas electorales de los Estados del Consejo de Europa en lo que atañe a la cláusula de umbral mínimo o de barrera legal. En el contexto europeo, la barrera electoral en Turquía era la más alta y se había sugerido que en general no sobrepasen el 3% a nivel nacional⁷⁷⁵.

Los demandantes Yumak y Sadak eran candidatos no electos del Partido Democrático del Pueblo en las elecciones. Argumentaron que la barrera legal lesionó gravemente el derecho a la participación política en cuanto no persiguió una finalidad convencional legítima, y privó de forma desproporcionada a un segmento importante de la población de su representación parlamentaria⁷⁷⁶.

El Tribunal Europeo ratificó el margen amplio de apreciación nacional que tienen los Estados para definir los sistemas y umbrales electorales en función de sus factores históricos y sociales propios⁷⁷⁷, y los objetivos muy diferentes que pudiera perseguir cada Estado⁷⁷⁸. El Tribunal no se formó convicción de la lesión del artículo 3 del Protocolo N° 1, porque el sistema turco tenía dos correctivos para sortear la barrera electoral: una (*i*), la presentación

⁷⁷⁴ Idem, apar. 203.

⁷⁷⁵ GARCÍA ROCA, Javier: *El margen de apreciación nacional en la interpretación ...* op. cit., p. 310.

⁷⁷⁶ Sentencia de TEDH de 8 de julio de 2008, asunto Yumak y Sadak c. Turquía, apars. 77 y 81.

⁷⁷⁷ Idem, apars. 110-115.

⁷⁷⁸ GARCÍA ROCA, Javier: *El margen de apreciación nacional ...* op. cit., pp. 310-311; y, GARCÍA ROCA, F. Javier y DALLA VÍA, Alberto R.: "Los derechos políticos y electorales ..." op. cit., p. 262. Los autores explican que la barrera electoral del 10% servía para obstaculizar la representación parlamentaria a los partidos nacionalistas turcos, pero en la práctica era sorteada por tales partidos recurriendo a estratagemas electorales.

de candidatos independientes, y dos (ii), las coaliciones de partidos a nivel nacional. Pero, contradictoriamente, formuló una recomendación legislativa para que Turquía rebaje dicha barrera porque por ser excesiva los órganos del Consejo de Europa habían recomendado su reducción, y obligaba a los partidos políticos a recurrir a estratagemas que no contribuían a la transparencia de las elecciones⁷⁷⁹.

Debido a esta conclusión, los votos disidentes reprocharon la incongruencia del juicio mayoritario porque no había duda que el umbral del 10% privaba a una gran parte de la población de la posibilidad de estar representada en el Parlamento⁷⁸⁰, y las estratagemas aceptadas por el Tribunal eran técnicas de los partidos para hacer un *by-pass* al umbral y un verdadero ardid contrario al fin legítimo de evitar la fragmentación parlamentaria⁷⁸¹.

El Tribunal en este fallo actuó con un exceso de pragmatismo y prudencia en la deferencia al margen de apreciación del Estado, poniendo de manifiesto cierta conexión entre la doctrina del margen y las *political questions* y el *self restraint*, para evitar intervenir, a pesar que la eficacia de los derechos quedada limitada por una barrera manifiestamente desproporcionada al alterar en demasía la relación entre votos y escaños⁷⁸². Para el Tribunal, si bien puede revisarse la adecuación de los elementos esenciales de un sistema electoral a las disposiciones del Protocolo N° 1, el escrutinio aplicado resultó muy laxo o débil⁷⁸³.

8.4.- Tribunal Constitucional de España.-

A.- Interpretación favorable a sufragio pasivo.-

El Tribunal Constitucional Español conoció el recurso de amparo electoral⁷⁸⁴ promovido por **el candidato Feliciano Correa** contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia de Cáceres, que había decidido estimar un

⁷⁷⁹ Sentencia de TEDH de 8 de julio de 2008, asunto Yumak y Sadak c. Turquía, apar. 147; y, GARCÍA ROCA, Javier: *El margen de apreciación nacional ...* op. cit., p. 311.

⁷⁸⁰ Idem, Opinión Disidente Común de Jueces Tulkens, Vajic, Jaeger y Sikuta, apar. 1; y, GARCÍA ROCA, F. Javier y DALLA VÍA, Alberto R.: "Los derechos políticos y electorales ..." op. cit., p. 262.

⁷⁸¹ Idem, Opinión Disidente Común de Jueces Tulkens, Vajic, Jaeger y Sikuta, apar. 4; y, GARCÍA ROCA, Javier: *El margen de apreciación nacional ...* op. cit., p. 311.

⁷⁸² GARCÍA ROCA, Javier: *El margen de apreciación nacional ...* op. cit., p. 311.

⁷⁸³ GARCÍA ROCA, F. Javier y DALLA VÍA, Alberto R.: "Los derechos políticos y electorales ..." op. cit., p. 262.

⁷⁸⁴ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: *Procedimiento y garantías electorales* op. cit., pp. 116-119; y, PASCUA MATEO, Fabio: *El control de las elecciones*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009, pp. 230-250.

recurso contencioso electoral y lo excluyó de la candidatura electoral al Senado, por haber considerado que estaba incurso en la causa de inelegibilidad prevista por el artículo 4, 2 c y f, del Real Decreto-Ley 20/1977, relativa a los presidentes y directores de los organismos autónomos de competencia territorial. Esta causa fue aplicada al recurrente por haber ocupado el cargo de Director Provincial del Instituto Nacional de Asistencia Social (INAS).

Para el Tribunal Constitucional, el artículo 23.2 de la Constitución consagra el derecho del ciudadano a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, y según el artículo 70.1 la elegibilidad es un derecho ciudadano delimitado negativamente por la ausencia de causas de inelegibilidad previstas por la ley. Por ello, no pueden negarse sus derechos políticos a quien, estando en pleno uso de los mismos, no está incurso en las causas legales de inelegibilidad, interpretadas dentro del marco constitucional⁷⁸⁵.

En este asunto, el Tribunal examinó si el cargo de delegado provincial del INAS había sido traspasado a la administración autonómica con las mismas competencias que tenía antes, y llegó a la conclusión que dicho traspaso produjo que el cargo subsista formalmente pero vaciado de contenido y competencias, por lo que la *ratio* de la inelegibilidad, en su condición de garantizadora de la igualdad, no aparecía porque el recurrente no ejercía dicho cargo en una situación de influencia al participar como candidato en las elecciones⁷⁸⁶.

Para el Tribunal, la Sala de Cáceres interpretó extensivamente la causa de inelegibilidad prevista por la ley para aplicarla inválidamente al recurrente, violando directamente el derecho de acceso a los cargos públicos reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución, puesto que impidió que pueda participar como elegible en condiciones de igualdad en las elecciones al Senado⁷⁸⁷.

⁷⁸⁵ STC 45/1983, de 25 de mayo, F.J. 6; y, SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: *Procedimiento y garantías electorales* op. cit., p. 93. Para el autor, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional consolidada a partir de esta sentencia establece que la elegibilidad forma parte del contenido del derecho fundamental de acceso al cargo público, reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución; por ello, las normas legales que delimiten negativamente dicho derecho no podrán ser objeto de interpretación extensiva o analógica.

⁷⁸⁶ STC 45/1983, de 25 de mayo, F.J. 3.

⁷⁸⁷ Idem, F.Js. 4 y 6.

En el recurso de amparo electoral presentado por el **Partido Político Unificación Comunista de España** contra la resolución de la Junta Electoral Provincial de Cantabria confirmada por sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo de Santander, el Tribunal ratificó su doctrina jurisprudencial en relación a la subsanación de los defectos de las candidaturas presentadas ante la administración electoral. En este caso, la junta había desestimado la candidatura por considerar que no se podía subsanar el defecto de la insuficiencia de firmas mediante la presentación de nuevos avales no aportados al presentarla, siendo posible subsanar sólo los errores de los avales ya presentados.

Al respecto, la doctrina constitucional consolidada afirma que en principio los errores e irregularidades cometidos en la presentación de las candidaturas son subsanables y las juntas electorales deben ofrecer la oportunidad de que los defectos puedan ser corregidos⁷⁸⁸. Además, no procede distinguir entre simples irregularidades y defectos sustantivos o esenciales, por adolecer tal distinción de base legal alguna, contradecir la legislación electoral que permite la modificación de candidaturas por la subsanación, y desconocer el principio interpretativo por el cual la legalidad debe ser entendida en los términos más favorables a la plena efectividad del derecho fundamental⁷⁸⁹.

Por ello, para el Tribunal, la insuficiencia de avales es un defecto susceptible de ser corregido mediante el trámite de subsanación, y la administración electoral está obligada a otorgar indefectiblemente la posibilidad de subsanarla cuando advierta que el número de firmas presentado sea inferior al requerido legalmente. Las irregularidades o defectos en los que incurran las candidaturas electorales son subsanables, siempre y cuando sean materialmente factibles, por lo que por la naturaleza del defecto advertido su subsanación era materialmente posible pues bastaba con presentar nuevas firmas que permitan alcanzar el número de avales exigido legalmente para considerar corregido dicho defecto⁷⁹⁰.

⁷⁸⁸ STC 162/2011, de 2 de noviembre, F.J. 4; y, SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: *Manual de procedimiento electoral*, Madrid, Ministerio del Interior Secretaría General Técnica, 1999, pp. 109-110.

⁷⁸⁹ Idem, F.J. 5.

⁷⁹⁰ Idem, F.J. 6.

B.- Candidaturas sucesoras de partidos políticos ilegalizados.-

En los recursos de amparo electorales promovidos por las **agrupaciones de electores y candidatos** contra las sentencias de la Sala Especial del Tribunal Supremo, que decidieron anular los acuerdos de las juntas electorales que habían proclamado sus candidaturas, por haber considerado que tales agrupaciones estaban prohibidas de presentar candidaturas por continuar o suceder, de hecho, la actividad de partidos políticos judicialmente declarados ilegales y disueltos *Herri Batasuna*, *Euskal Herritarrok* y *Batasuna*, según el artículo 44.4 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral (LOREG).

El Tribunal Constitucional procedió a revisar las resoluciones del Tribunal Supremo con arreglo a un parámetro interpretativo cuyo contenido depende de la apreciación conjunta de una pluralidad de factores. Entre éstos, debe observarse además del porcentaje de candidatos vinculados a las formaciones políticas ilegalizadas, la naturaleza y relevancia de esa vinculación, la importancia del papel desempeñado por cada candidato como un puesto relevante en la lista electoral, la participación y eventual elección en listas en elecciones anteriores, el desempeño de cargos públicos o institucionales en representación de tales formaciones, y las condenas penales existentes. No puede considerarse acreditada la trama fraudulenta entre las agrupaciones en los supuestos en los que no concurren acumuladamente estos factores⁷⁹¹.

Para el Tribunal, el sacrificio eventual del derecho fundamental exige que se extreme el rigor del enjuiciamiento y quede subordinada a la garantía del ejercicio del mismo, por lo que sólo la conjunción de estos factores han de permitir inferir de modo razonable y no arbitrario que la agrupación electoral merece ser excluida del procedimiento electoral por haber actuado de hecho como continuadora de la actividad de los partidos políticos ilegalizados⁷⁹². En este caso, el Tribunal otorgó el amparo a trece agrupaciones electorales y desestimó los recursos de la mayoría de las recurrentes.

Con arreglo a estos criterios, el Tribunal descartó que el dato de la inclusión en la lista de candidatos de una sólo persona relacionada con los partidos disueltos, con una relación de

⁷⁹¹ STC 85/2003, de 8 de mayo, F.J. 29.

⁷⁹² Ibidem.

20 a 1, pueda ser un indicio bastante ni determinante para apreciar la concertación defraudatoria y disponer la exclusión del procedimiento electoral perjudicando a los demás candidatos de la lista. Sólo puede justificarse constitucionalmente si pasan un juicio ponderado de proporcionalidad entre el fin perseguido y el derecho sacrificado como medio, cuando se acredite una voluntad cierta de desnaturalización de las agrupaciones electorales mediante su conversión en elementos constitutivos de un partido que *de facto* dé continuidad a otro disuelto⁷⁹³.

Además, para el Tribunal, procede también otorgar el amparo a todas aquellas candidaturas que aunque presenten un número superior de candidatos, ofrecen otras características diferenciales que permiten albergar dudas razonables acerca de la presencia de elementos continuadores de los partidos ilegalizados⁷⁹⁴. Como casos especiales del asunto, el Tribunal otorgó el amparo a una agrupación que a pesar de tener a dos candidatos que tuvieron relación con un partido ilegalizado, compitieron en dos procedimientos electorales anteriores con el partido disuelto y sus electos condenaron un atentado terrorista. También a favor de otra agrupación que había competido en dos elecciones con los partidos disueltos, y de otra cuyo número dos de la lista era fundador y militante de un partido constituido por escisión de los partidos disueltos y que tenía un ideario contrario a la violencia⁷⁹⁵.

C.- Denegación de acceso por incumplimiento de juramento de acatamiento a la Constitución.-

Los diputados electos de Herri Batasuna Ignacio Esnaola y Pedro Solabarriá promovieron recurso de amparo contra el acuerdo del Congreso de los Diputados que les negó el acceso a la condición plena de diputados y a sus funciones parlamentarias, por no haber cumplido el acto formal de juramento o promesa de acatamiento a la Constitución, a pesar de haberlos llamado en la tercera sesión plenaria conforme al reglamento parlamentario.

El reglamento parlamentario distingue la condición de diputado electo y la condición plena de diputado, en la medida que la primera se debe a la voluntad de los electores, y la

⁷⁹³ Ibidem.

⁷⁹⁴ Ibidem.

⁷⁹⁵ Idem, F.J. 30.

segunda está sometida al cumplimiento de ciertos requisitos adicionales para adquirir o perfeccionar la condición de parlamentario, como la exigencia de prestar el juramento o promesa de acatamiento a la Constitución⁷⁹⁶.

El Tribunal interpretó que la promesa o juramento de acatar la Constitución constituye un deber inherente al cargo público y una condición o requisito, con independencia de que se exteriorice o no en un acto formal. En tal sentido, el Tribunal apreció que no se produjo vulneración del artículo 23.2 de la Constitución porque la disposición del Reglamento del Congreso no establece *ex-novo* un requisito para el acceso a la condición plena de diputado, sino que se limita a formalizar el deber positivo de acatamiento que contiene la Constitución⁷⁹⁷.

Para el Tribunal, la sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema que se traduce en deberes distintos para los ciudadanos y los poderes públicos. Mientras que en general los ciudadanos tienen un deber general negativo de abstenerse de acciones que violen la Constitución, sin perjuicio de algunos deberes positivos previstos constitucionalmente, los titulares de los poderes públicos tienen también un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución, por lo que el acceso al cargo implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma, que no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido, porque también se respeta la Constitución en el supuesto extremo de que se pretenda la reforma constitucional conforme al procedimiento previsto por la misma⁷⁹⁸.

⁷⁹⁶ MONTANER SALAS, Carlos: “Adquisición, suspensión y pérdida del mandato parlamentario”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y Poder Judicial XIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2007, p. 292; y, MARAÑÓN GÓMEZ, Raquel: “El estatuto del diputado en los reglamentarios parlamentarios autonómicos”, en IGLESIAS MACHADO, Salvador y MARAÑÓN GÓMEZ, Raquel (Coords.): *Manual de Derecho Parlamentario Autonómico*, Madrid, Dykinson-Parlamento de Canarias, 2016, pp. 58-59 y 81-82. Ver además SANZ PÉREZ, Ángel L.: *El mandato parlamentario: su adquisición, suspensión y extinción. Los deberes del parlamentario*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 39-41; el autor cuestiona la serie de requisitos artificiales, administrativos (burocráticos) y formalistas (rituales), que se añaden para adquirir la condición plena de diputado, pues dicha condición tiene que ser inmediata desde el día en que se produce la elección.

⁷⁹⁷ STC 101/1983, de 18 de noviembre, F.J. 3.

⁷⁹⁸ *Ibidem*.

D.- Denegación de acceso por fórmula de juramento de acatamiento a la Constitución.-

Pero, en otro caso, el Tribunal Constitucional declaró fundado un recurso de amparo por la exigencia de una fórmula reglamentaria rígida para prestar la promesa o juramento que impedía el acceso al cargo público de diputado. Los **diputados electos Itziar Aizpurrúa Egaña, Juan Cruz Idígoras Guerricabeitia y Angel Alcalde Linares** fueron llamados a prestar acatamiento a la Constitución, bajo la fórmula de ser preguntados si juráis o prometes acatar la Constitución, debiendo contestar “sí, juro” o “sí, prometo”; sin embargo, respondieron “por imperativo legal, sí prometo”. Por ello, el Presidente del Congreso declaró que no habían adquirido la condición plena de diputados por no haber utilizado la fórmula prevista reglamentariamente.

En dicha oportunidad, el Tribunal explicó que en el lenguaje común, la expresión añadida no tiene valor condicionante ni limitativo de la promesa. Además los mismos recurrentes habían admitido y anunciaron en la campaña electoral que el acatamiento no era una decisión espontánea, sino simplemente la voluntad de cumplir un requisito que la ley imponía, para alcanzar la condición plena de diputados, querido tanto por ellos como por sus electores⁷⁹⁹.

Por tal motivo, concluyó que la interpretación hecha por el Presidente de la cámara de que la adición implicaba el incumplimiento del requisito reglamentario, era lesiva del derecho de los recurrentes a acceder a la condición de diputados en condiciones de igualdad, con los requisitos que señalan las leyes, porque incluye entre tales requisitos una prohibición que no figura en las leyes mismas⁸⁰⁰.

Para el Tribunal, no resulta congruente con el Estado democrático y la voluntad popular, la exigencia de la obligación de prestar acatamiento a la Constitución que antepone

⁷⁹⁹ STC 119/1990, de 21 de junio, F.J. 7.

⁸⁰⁰ Ibidem.

un formalismo rígido a cualquier otra consideración, porque tal interpretación violenta a la misma Constitución de cuyo acatamiento se trata⁸⁰¹.

⁸⁰¹ Ibidem; y, SANZ PÉREZ, Ángel L.: *El mandato parlamentario: su adquisición ...* op. cit., pp. 58-59. El autor opina que la obligación de jurar o prometer se ha ido relajando, desformalizando y perdido su significado original simbólico y sentimental, por lo que hay razones ciertas para suprimirlo, y ello no alteraría en absoluto el mandato parlamentario.

CAPITULO IV: DERECHO FUNDAMENTAL DE PERMANENCIA.-

1.- Dilatación jurisprudencial del acceso al cargo.-

Las Constituciones y los Tratados de derechos humanos no contienen normas explícitas que reconozcan el derecho del representante a permanecer en el cargo público para que el que ha sido elegido, de modo independiente y específico en relación al derecho a ser elegidos y al acceso a los cargos y funciones públicas. La jurisprudencia de las altas cortes y tribunales, en especial la española y la europea, es la que ha desarrollado creativa y evolutivamente dicho derecho, inspirándose en la necesidad de hacer efectiva la participación de los ciudadanos a través de los representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, garantizándoles que se mantengan en sus cargos y puedan ejercer sus funciones durante el período del mandato representativo confiado por la voluntad popular.

Si bien el derecho de acceso al cargo público representativo, propiamente dicho en sentido restrictivo, conocido como sufragio pasivo, culminaría con la acción de llegar o entrar en el cargo por elección popular, cumpliendo las condiciones igualitarias de elegibilidad previstas por el legislador; no obstante ello, el derecho ha sufrido una destacada operación de *dilatación jurisprudencial* de sus facultades o facetas relevantes por parte del Tribunal Constitucional Español, incluyendo a la permanencia en el cargo y al ejercicio o desempeño efectivo del mismo, formando un *totum* acceso-permanencia-ejercicio, sobre la base de conectar el derecho de participación de los ciudadanos por medio de sus representantes elegidos con el acceso en condiciones igualitarias en los cargos públicos representativos⁸⁰².

Aquí hay dos facultades más, creadas jurisprudencialmente: una (i), la permanencia, de la que nos ocupamos ahora, y dos (ii), el desempeño y ejercicio efectivo del cargo, del que después nos referiremos.

2.- Teoría institucional.-

El derecho del representante elegido a la permanencia en el cargo público además de ser un derecho individual y subjetivo garantizado al titular del cargo, tiene como función objetiva e institucional hacer efectivos principios vitales para la existencia y desarrollo

⁸⁰² FOSSAS ESPADALER, Enric: *El derecho de acceso a los cargos públicos* op. cit., pp. 110-116.

democrático de la comunidad y de todos los ciudadanos que forman parte de ella, como lo son la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, la construcción de la relación de representación política y la función de la oposición política frente al gobierno y la mayoría.

El principio de representación política es el que se identifica con mayor intensidad con el derecho de permanencia pues permite articular la relación de representación más allá del momento de la elección y la proyecta durante todo el período en que se extiende el mandato parlamentario confiado por la voluntad popular. Para el despliegue de la relación de representación política entre representante y representados, la permanencia en el cargo público es un derecho vital del parlamentario que le permite asegurar que se mantenga en el cargo y lo desempeñe y ejerza libremente para cumplir la voluntad popular expresada en las elecciones.

El derecho del representante a la permanencia en el cargo público para el que fue elegido durante el período del mandato conferido, y la consecuente garantía frente a los ceses ilegítimos de los que pudiera ser víctima, tiene por fin salvaguardar la voluntad popular libremente expresada en elecciones. Además, servir de garantía constitucional de la relación de representación, creada por la elección y encaminada a formar democráticamente la voluntad del Estado, por tratarse del bien jurídico protegido por el derecho. Todo ello con el objetivo de hacer posible la construcción de la relación representativa, objeto del mandato representativo⁸⁰³.

Si bien la representación política es la que se identifica con mayor intensidad con el derecho de permanencia, la presencia de los demás principios es también significativa para el desarrollo de las facultades y facetas del derecho fundamental.

La participación de los ciudadanos en los asuntos públicos no culmina con la acción de hacer ingresar a los representantes elegidos en sus cargos públicos, sino que además tiene por objeto la formación de la voluntad estatal⁸⁰⁴ durante el período que dure la relación de representación, porque los representantes adoptan las decisiones políticas haciendo presente la voluntad del pueblo, llevando los intereses de sus representados y conjugándolos en las

⁸⁰³ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos ... op. cit.*, p. 190.

⁸⁰⁴ Idem, pp. 47 y 190.

acciones y políticas del Estado. En esta medida, el derecho de permanencia de los representantes hace posible que la participación ciudadana exprese su voluntad democrática a través de ellos en las decisiones estatales; siendo indispensable asegurar su continuidad en sus cargos durante el tiempo que dure el mandato representativo encargado por el pueblo mediante la elección de los mismos.

Por ello, además de la teoría de la representación política, el soporte teleológico que instrumentaliza este proceso político-constitucional está en hacer real el derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos⁸⁰⁵, por lo que también podemos hablar del derecho fundamental a la participación política representativa que se desenvuelve en el seno del concepto constitucional de representación política y se actualiza a través de la actividad que desarrolla el representante en el órgano estatal representativo⁸⁰⁶. De ello se aprecia que los derechos que integran su *status* no son derechos subjetivos puros, sino derechos-función, *iura in officium*, como dijo Santi Romano⁸⁰⁷.

Y, en especial, el derecho fundamental a la permanencia o al mantenimiento en los cargos públicos representativos tiene por objeto garantizar el ejercicio de la función representativa por los parlamentarios de los grupos de oposición, impidiendo que sean perturbados y se les ponga fin como consecuencia de las decisiones abusivas emanadas de las mayorías parlamentarias⁸⁰⁸. Esto porque los parlamentarios de los grupos minoritarios que constituyen la oposición política al gobierno y la mayoría, son quienes están expuestos a las represalias de la mayoría, que, por contar el número suficiente, puede adoptar acuerdos o decisiones que los aparten de sus cargos, fuera de las causales y procedimientos previstos por la ley. En tal sentido, el derecho de permanencia dotado de una garantía procesal se hace indispensable para garantizar la función de control político que tiene la oposición de manera que se exprese libremente y sin condicionamientos, frente al peligro que se tomen este tipo de represalias.

⁸⁰⁵ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: *El mandato parlamentario* op. cit., pp. 219-220.

⁸⁰⁶ ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: *Representación política y derecho fundamental* op. cit., pp. 149 y 160.

⁸⁰⁷ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: *El mandato parlamentario* op. cit., p. 220.

⁸⁰⁸ STC 214/1998, de 11 de noviembre, F.J. 4.

3.- Derecho de permanencia y mandato parlamentario.-

Para hacer posible la institucionalización efectiva de los principios antes enunciados, en el sistema democrático, el mandato parlamentario emanado de la voluntad popular, se perfila como una relación jurídico-pública constitucionalmente *resistente y reforzada* en su permanencia a través de medios de garantía constitucional⁸⁰⁹.

Por ello, cuando se constitucionaliza la duración del mandato no sólo se establece un principio de renovación democrática del Parlamento como órgano estatal, sino que se juridifica la afectación del mandato a determinado ciclo temporal representativo, por lo que cualquier acto de suspensión en su ejercicio o de extinción y pérdida anticipada del cargo se encuentran fuera de la normalidad de la previsión constitucional. Ello obliga, por tanto, que los supuestos excepcionales que permitan la suspensión o la extinción del cargo estén constitucionalmente justificados y regulados taxativamente por el ordenamiento jurídico, debiendo descartarse cualquier forma de lectura o interpretación extensiva de los mismos⁸¹⁰.

4.- Ius in officium.-

Además del primer (i) núcleo del contenido complejo del derecho de acceso conocido como *ius ad officium*, el segundo (ii): el *ius in officium*, abarca el derecho a permanecer en el cargo sin perturbaciones legítimas así como el ejercicio de las facultades de actuación que el desempeño del cargo comporta⁸¹¹. El principio de igualdad en el *ius in officium* de los cargos representativos actúa también como presupuesto y límite al ejercicio del derecho, impidiendo restricciones injustificadas en el ejercicio del cargo que supongan discriminaciones o situaciones de inferioridad de unos representantes frente a otros respecto a los derechos de participación que tienen conferidos, e incluso la determinación de ceses o pérdidas del mandato parlamentario que sean discriminatorios⁸¹².

Esto significa que el primer derecho del *ius in officium* es el derecho de permanencia, que a su vez es el derecho que va a hacer posible que durante el período en que el

⁸⁰⁹ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: *El mandato parlamentario* op. cit., p. 219.

⁸¹⁰ Ibidem.

⁸¹¹ MARTÍN NÚÑEZ, Esther: *El régimen constitucional del cargo público representativo* op. cit., p. 53.

⁸¹² Idem, pp. 62-63.

parlamentario se mantiene en el cargo, pueda desempeñar y ejercer efectivamente los demás derechos e inherentes relacionados con la función representativa para la que fue elegido por la voluntad popular. Sin derecho de permanencia no es posible desempeñar ni ejercer las facultades del cargo representativo.

5.- Garantía frente al vaciamiento del contenido del derecho.-

El derecho fundamental, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, comprende no sólo el momento de acceder a estos cargos en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes, sino también todos los momentos posteriores, incluida la permanencia, mientras no se extinga, porque, de no ser así, quedaría vacío el derecho de contenido real y efectivo⁸¹³. De ello se deriva una exigencia para el legislador en las funciones de conformación y limitación de dicho derecho, y una prohibición para terceros ajenos a la relación de representación que vincula a representantes y representados⁸¹⁴.

La exigencia que debe cumplir el legislador en sus funciones impone la necesidad de previsión legal para fijar las causas de cese y los procedimientos para determinarlas, puesto que el derecho implica el de no ser removidos de los cargos y funciones públicos a los que se accedió por voluntad popular, si no es por las causas y de acuerdo con los procedimientos legalmente previstos⁸¹⁵. La prohibición derivada del concepto constitucional de la representación política, interpretada por el Tribunal Constitucional, impide que los que hayan accedido dejen de permanecer en el cargo por una decisión que no provenga de la voluntad de los electores, expresada libremente en elecciones periódicas⁸¹⁶.

El titular del derecho a la permanencia es siempre el representante elegido por el pueblo al que representa en su conjunto, y no el partido político que lo propuso en la lista electoral, ni el grupo parlamentario al que paso a pertenecer luego de elegido. No es posible que el partido o el grupo parlamentario exprese su voluntad y decida cesar y extinguir el mandato del representante.

⁸¹³ GARCÍA ROCA, Javier: "Representación política y transfuguismo: la libertad ..." op. cit., p. 60; y, FOSSAS ESPADALER, Enric: *El derecho de acceso a los cargos públicos* op. cit., pp. 110-111.

⁸¹⁴ FOSSAS ESPADALER, Enric: *El derecho de acceso a los cargos públicos* op. cit., p. 111.

⁸¹⁵ Ibidem.

⁸¹⁶ Ibidem.

6.- Garantía frente a la privación y suspensión ilegítimas del cargo representativo.-

Así, el derecho de permanencia se proyecta a lo largo del mandato del cargo representativo de tal forma que cubre aquellas lesiones que determinen la suspensión o pérdida del cargo público al margen de los requisitos que establezcan las leyes⁸¹⁷. La extinción o suspensión del ejercicio del cargo representativo así como la pérdida o revocación *ad nutum* del cargo, debe llevarse a cabo de conformidad con lo que señalen las leyes configuradoras del artículo 23.2 de la Constitución Española. Por tanto, la extinción o pérdida del cargo o función pública al margen de los supuestos establecidos por las leyes reguladoras, constituye una afectación grave del contenido del artículo 23.2⁸¹⁸.

Ello confirma que el legislador, en ejercicio de sus funciones de conformación y limitación, queda obligado a regular mediante la ley las causales expresas y precisas que puedan dar lugar a la extinción y suspensión del mandato parlamentario, fundadas en la necesidad de salvaguardar ciertos bienes constitucionales relacionados con la institución parlamentaria. Por su parte, los órganos parlamentarios no podrán adoptar un acuerdo o decisión que aparte definitiva o temporalmente al parlamentario del cargo para el que fue elegido, fuera de las causales previstas por la ley.

7.- Prohibición de revocación del mandato parlamentario.-

7.1.- Por el partido político.-

La posibilidad de la extinción del mandato parlamentario por la revocación del cargo dispuesta por el partido político al que pertenecía el representante, no es admitida por los derechos fundamentales al acceso y a la permanencia reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución Española y por la prohibición del mandato imperativo presente en el artículo 67.2, previstos también en el artículo 23.1, literales b y c, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 31 y 93 de la Constitución Política del Perú.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Español ha formado una doctrina acerca de la relación de representación que impide la pérdida del mandato como consecuencia

⁸¹⁷ PULIDO QUECEDO, Manuel: *El acceso a los cargos y funciones públicas ...* op. cit., p. 338.

⁸¹⁸ Idem, p. 77.

de la decisión del partido, partiendo de una concepción de la representación política implícita en la Constitución Española⁸¹⁹.

Así, para el Tribunal, la relación de representación, en su sentido jurídico-político, se establece entre el cuerpo electoral y los titulares de los cargos públicos representativos, y se deriva de la elección por el pueblo y no de la presentación de candidaturas hecha por los partidos políticos. Ello porque primero (*i*), la elección de los ciudadanos recae sobre personas y no sobre partidos, por lo que los partidos no ostentan jurídicamente una representación del cuerpo electoral que se concrete en la titularidad de los escaños que podría llevarlos a tener la facultad de sustituir a los representantes que no se sometan a las instrucciones del partido; y, segundo (*ii*), los representantes lo son jurídicamente del cuerpo electoral y no del partido político que los presenta en sus listas de candidatos. De lo que se concluye que la inexistencia de una relación representativa entre los titulares de los cargos y los partidos, impide que los segundos puedan revocar el mandato que tienen los primeros⁸²⁰.

En resumen, la doctrina del Tribunal establece que la vinculación de los representantes a la revocación por parte de su partido político, está prohibida para todos los cargos públicos por el derecho fundamental a la permanencia en el cargo reconocido constitucionalmente⁸²¹.

7.2.- Por el pueblo.-

Además, la doctrina del Tribunal Constitucional Español si bien formula una relación representativa entre representantes y representados, tampoco admite la posibilidad de revocación del mandato parlamentario por el pueblo, afirmando que tal vinculación entre representantes y representados está vedada en todo caso por la Constitución, respecto de los parlamentarios, a través de la prohibición del mandato imperativo prevista en el Art. 67.2 de

⁸¹⁹ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados ...* op. cit., pp. 163-170.

⁸²⁰ *Idem*, p. 164.

⁸²¹ *Idem*, p. 165.

la Constitución Española⁸²², y también contemplada por el artículo 93 de la Constitución Política del Perú⁸²³.

No es suficiente una lectura aislada del artículo 23, en ambos párrafos, de la Constitución Española, sino que es necesaria una interpretación de conjunto con el artículo 67.2. Si bien la imbricación entre los derechos fundamentales reconocidos en ambos apartados del artículo 23, que utiliza el Tribunal Constitucional para considerar inconstitucional la pérdida del mandato por la expulsión del partido, reforzaría al mismo tiempo el vínculo entre el representante y sus representados, hasta el punto de legitimar constitucionalmente el mandato imperativo y la revocación por parte de los electores; precisamente, tal solución interpretativa es proscrita expresamente por el artículo 67.2 que prohíbe el mandato imperativo y garantiza el mandato parlamentario libre que tienen los representantes una vez electos⁸²⁴.

En tal sentido, la revocación por los representados o por el cuerpo electoral, está vedada constitucionalmente para los parlamentarios a través de la prohibición de mandato imperativo prevista por las Constituciones Española y del Perú⁸²⁵.

8.- Renuncia voluntaria del cargo.-

Así como el derecho a ser elegido y acceder a un cargo público representativo es concebido como un derecho o facultad subjetiva que tiene el titular para decidir personal y voluntariamente su ejercicio⁸²⁶, el retiro por voluntad propia de los representantes una vez elegidos se constituye en un medio ordinario o normal de extinción del mandato parlamentario para ponerle fin y apartarse del cargo en España⁸²⁷. A diferencia del carácter irrenunciable del mandato legislativo que tiene en el Perú según lo dispuesto por el artículo

⁸²² Ibidem.

⁸²³ Si bien el artículo 31 de la Constitución señala que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante la remoción o revocación de autoridades, el artículo 20 de la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, permite la revocatoria para que los ciudadanos destituyan a los alcaldes y regidores, autoridades regionales de elección popular, y magistrados de elección popular, más no a los congresistas.

⁸²⁴ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados ...* op. cit., pp. 165-166.

⁸²⁵ Idem, p. 165.

⁸²⁶ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos ...* op. cit., p. 121.

⁸²⁷ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: *El mandato parlamentario* op. cit., pp. 266-269.

95°, primer párrafo, de la Constitución Política, que impide, por disposición expresa, que el congresista pueda por decisión unilateral y voluntaria renunciar al mandato parlamentario⁸²⁸.

Esta disposición constitucional no ha sido un impedimento para la renuncia formulada por un congresista al cargo frente a la negativa a aceptarla por parte del Congreso de la República, cuando se violen otros derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Peruana. En este caso, el Décimo Juzgado Constitucional de Lima declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por el congresista para que se ordene al Congreso que acepte su renuncia, por considerar que lo que dicho artículo no permite es la renuncia sin causa o incausada. Pero, sí es posible, a *sensu contrario*, cuando exista una causa que lo justifique, como la edad avanzada, la angustia y la tensión que padecería el parlamentario por ejercer el cargo sin vocación, afectando su dignidad como persona humana, su derecho a la libertad de trabajo, y poniendo en riesgo su salud⁸²⁹.

Si bien un motivo fundado para la libre disponibilidad del cargo se encuentra en el ejercicio de una facultad personal o subjetiva, el verdadero fundamento que justifica la facultad de renunciar se encuentra incluida en el contenido del derecho fundamental y la necesidad de mantener los vínculos representativos. El titular de un cargo público representativo debe poder renunciar a continuar desempeñando su función si considera, según su criterio personal, que apartándose del cargo mantiene mejor el compromiso adquirido con sus electores⁸³⁰.

En tal sentido, la eficacia jurídica de la renuncia proviene de la voluntad del parlamentario de apartarse del cargo exteriorizada ante la cámara parlamentaria. La intervención del órgano parlamentario de dirección no tiene otro sentido que actuar al modo de un notario o fedatario público, que acredite la efectiva realización de esa manifestación de voluntad del representante, registre el escrito recibido, e inicie los trámites administrativos que correspondan y se deriven de la renuncia. Por ello, no resulta válido que tal órgano

⁸²⁸ Dictamen de Comisión de Constitución y Reglamento Período Anual de Sesiones 2007-2008, de abril de 2008, recaído sobre Proyectos de Ley 590/2006-CR y 1338/2006-CR, que propusieron reformar el artículo 95 de la Constitución Política para establecer la renunciabilidad del cargo parlamentario.

⁸²⁹ Sentencia de Décimo Juzgado Constitucional de Lima de 8 de marzo de 2010, Exp. N° 30303-2008, Javier Valle-Riestra Gonzalez-Olaechea, F.Js. 7 y 9.

⁸³⁰ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos ... op. cit.*, p. 121.

parlamentario decida rechazar la renuncia o postergar indefinidamente una eventual aceptación⁸³¹.

Dada la apertura que implica la posibilidad de la renuncia al cargo aparece la problemática de la práctica de los partidos políticos de utilizar las fórmulas de las dimisiones en blanco y de los contratos de disposición anticipada del mandato, para asegurar el control de los escaños y evitar a los parlamentarios indisciplinados y tránsfugas⁸³².

Por una parte, los partidos políticos exigen, como una garantía de su disciplina interna, que sus candidatos si resultan elegidos, firmen un escrito de dimisión sin fecha que queda, preventivamente, en poder del partido⁸³³. Desde cierto punto de vista, la validez de tal acto es cuestionable, porque si bien pretende evitar la incorporación del parlamentario a las filas de otro partido con la consiguiente fuga del escaño, vulnera notoriamente la prohibición constitucional del mandato imperativo de partido y puede ser tildada jurídicamente como inconstitucional. No obstante ello, la dimisión en blanco no tiene porque ser nula de pleno derecho, sino que su validez debe presumirse *iuris tantum*, es decir, salvo manifestación en contrario del mismo parlamentario ante la Mesa de la cámara⁸³⁴.

Por otro lado, a diferencia de la dimisión en blanco, el contrato de disposición anticipada del mandato adopta la forma de un negocio jurídico-privado entre el parlamentario y su partido, por el que el primero se obliga a renunciar al escaño cuando el partido así lo exija, o al pago de una indemnización económica en el supuesto de negarse a ello, o cuando se cambie de partido⁸³⁵. Si bien jurídicamente no existe duda que se tratan de operaciones jurídicas en fraude de la ley, en el plano político real, el electorado y el partido no ve bien que un grupo de parlamentarios disidentes puedan formar un nuevo y distinto partido que, a pesar de no haber participado en las elecciones, obtenga además su propia representación parlamentaria sin haber recibido como tal partido un sólo voto de los electores⁸³⁶.

⁸³¹ Idem, p. 122.

⁸³² CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: *El mandato parlamentario* op. cit., pp. 267-269.

⁸³³ Idem, p. 268.

⁸³⁴ Idem, pp. 268-269.

⁸³⁵ Idem, p. 268.

⁸³⁶ Ibidem. Para el autor, la búsqueda de soluciones intermedias que permitan corregir las disfuncionalidades políticas y parlamentarias a que conlleva la aplicación rigurosa de la prohibición del mandato de partido, resulta cada vez más obligada y decisiva.

9.- Disolución de partidos políticos y cese automático de parlamentarios.-

La disolución de los partidos políticos trae consigo la pregunta sobre los efectos que tiene y recaen sobre los mandatos de los parlamentarios electos por las listas presentadas por dichos partidos. Hay dos respuestas posibles: una (i), la disolución y el cese de las actividades del partido se proyecta necesariamente sobre el cese y pérdida de los mandatos de sus parlamentarios, y por otra parte (ii), la prohibición del mandato imperativo y la configuración de la representación política entre parlamentario y electores, conlleva que en ningún caso se pueda configurar como una causa de pérdida del cargo a la disolución judicial del partido⁸³⁷.

La primera respuesta: el cese y pérdida del mandato parlamentario, es la solución alemana. El Tribunal Constitucional Alemán afirma que todos los diputados elegidos en la lista del partido disuelto pierden su mandato, aunque hubiesen abandonado el mismo antes de la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad, pues la elección del representante se consideraba viciada desde su origen por provenir de la lista de un partido inconstitucional⁸³⁸, sin necesidad de una disposición legal específica que así lo contemple⁸³⁹.

Esta solución tiene como justificación que en Alemania una democracia militante debe salvaguardar al ordenamiento democrático de sus enemigos pues los partidos son declarados inconstitucionales por el hecho de mantener una ideología contraria a los principios democráticos esenciales, no siendo posible que disuelto el partido, los diputados del mismo puedan seguir defendiendo sus ideas contrarias en el órgano representativo del pueblo⁸⁴⁰. La declaración de inconstitucionalidad del partido debe tener como efecto inmediato la pérdida del mandato porque los diputados de un partido inconstitucional no pueden ser propiamente representantes de todo el pueblo. En consecuencia, la

⁸³⁷ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados ... op. cit.*, pp. 179-180.

⁸³⁸ Idem, p. 179. El autor explica que luego de las Sentencias de 23 de Octubre de 1952 y de 17 de Agosto de 1956 en las que el Tribunal expuso esta doctrina y declaró inconstitucionales al *Sozialistische Reichspartei* y al *Kommunistische Partei Deutschlands*, de la regulación actual contenida en la Ley electoral federal se deriva que el diputado miembro del Bundestag puede evitar la pérdida del mandato si abandona la formación política antes de que se inicie el proceso constitucional con la presentación del recurso. Ver además BILBAO UBILLOS, Juan María: "Guión para el debate sobre la disolución de los grupos parlamentarios vinculados a partidos que han sido ilegalizados judicialmente", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 68, Mayo-Agosto 2003, pp. 251-252.

⁸³⁹ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados ... op. cit.*, p. 180.

⁸⁴⁰ Idem, p. 178.

responsabilidad exigida al partido se traslada de forma automática a sus parlamentarios, y su cese no precisa de una causa especial, aunque sea de forma indirecta derivada de sus propias actuaciones⁸⁴¹.

A diferencia de lo expuesto, la Constitución Española no impone una adhesión ideológica a sus contenidos, ni impide la reforma constitucional a través de los procedimientos previstos constitucionalmente, y por ello la legislación de partidos no contiene una regulación que determine la disolución de los partidos en base a las finalidades y la ideología de los mismos⁸⁴², sino que la contempla por sus actividades específicas⁸⁴³. Además, en relación a los efectos sobre los parlamentarios elegidos en las listas de los partidos disueltos, la legislación no ha contemplado la pérdida de los mandatos parlamentarios, y el silencio legal implica el respeto al derecho de permanencia en el cargo⁸⁴⁴.

Entre los obstáculos que impiden deducir la pérdida del mandato parlamentario por la disolución del partido, está, en primer lugar (*i*), el derecho fundamental de permanencia en el cargo representativo que hace posible perderlo sólo si así está previsto expresamente por las leyes, y si no está regulada legalmente no es posible disponer en la sentencia de disolución de un partido el cese automático de los parlamentarios de sus cargos, aún en el supuesto que hayan contribuido con sus actuaciones a convertir en ilegal la actividad del partido⁸⁴⁵.

Además, en segundo término (*ii*), la prohibición de mandato imperativo garantiza constitucionalmente la función representativa autónoma de los parlamentarios frente a sus formaciones políticas, por lo que actúa como límite frente al legislador que no puede

⁸⁴¹ Idem, pp. 178-179.

⁸⁴² Idem, p. 180; y, BILBAO UBILLOS, Juan María: "Guión para el debate sobre la disolución ..." op. cit., p. 251.

⁸⁴³ PÉREZ-MONEO AGAPITO, Miguel: *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 151-166.

⁸⁴⁴ ESPARZA OROZ, Miguel: *La ilegalización de Batasuna El nuevo régimen jurídico de los partidos políticos*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 210-213. Para el autor, la ley debió establecer como causa sobrevenida de cese en el cargo la ilegalización y disolución del partido a través del cual se resultó elegido. Ver PÉREZ-MONEO AGAPITO, Miguel: *La disolución de partidos políticos ...*, op. cit., pp. 166-167; y, BILBAO UBILLOS, Juan María: "Guión para el debate sobre la disolución ..." op. cit., p. 251. Bilbao Ubillos subraya que la ley de partidos tampoco contempla entre los efectos de la sentencia, la disolución de los grupos parlamentarios vinculados al mismo. Ver además MORALES ARROYO, José María: "Las consecuencias colaterales de la disolución de Batasuna", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 71, Mayo-Agosto 2004, p. 259. El autor agrega que la ley electoral tampoco fija reglas en relación al destino de los grupos parlamentarios o de los miembros que los integran.

⁸⁴⁵ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados ...* op. cit., pp. 182-183.

contemplar la disolución del partido como causa de la pérdida del mandato de los parlamentarios⁸⁴⁶.

Y en tercer lugar (*iii*), el concepto constitucional de la representación política, interpretado por el Tribunal Constitucional, que establece que el vínculo representativo se instaure entre los ciudadanos y los representantes, por hacer efectivo el derecho de participación de los primeros a través de los segundos; no habiendo ningún vínculo entre los representantes con los partidos⁸⁴⁷.

Así, en España, la sentencia que dispone la disolución del partido tiene efectos constitutivos, no declarativos, porque despliegan sus efectos a partir del momento en que se adopta, no afectando la regularidad de las acciones pasadas del partido y de sus miembros electos, salvo que de ellas se deriven otro tipo de responsabilidades que deben hacerse efectivas en procesos judiciales específicos para ello⁸⁴⁸.

Entre la separación tajante de las respuestas que atienden al mismo problema, aparece una tercera solución de carácter intermedia, por la que la traslación a los representantes de la responsabilidad exigida a sus partidos tendrá lugar sólo respecto de aquéllos cuya actividad haya contaminado previamente a la del partido por haber coadyuvado a convertir la actuación del partido en inconstitucional. Esta solución es adoptada por Turquía pues el artículo 84, párrafo *in fine*, de la Constitución Turca dispone que el período de duración del mandato de un miembro del Parlamento cuyas palabras y hechos, de acuerdo a la Sentencia del Tribunal Constitucional, han llevado consigo la disolución de su partido, finalizará en la fecha cuando la sentencia se publique en el boletín oficial⁸⁴⁹. La redacción anterior a la reforma de 1995

⁸⁴⁶ Idem, p. 183.

⁸⁴⁷ Ibidem. Ver en sentido contrario YANES, Aureliano: "Mandato representativo e ilegalización de partido político", en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y diputado XVII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2011, pp. 246-247. Para el autor, la sentencia judicial de ilegalización tiene como efecto colateral la pérdida del mandato, porque el partido político participa en la designación de las candidaturas, y la ilegalización del partido es una causa sobrevenida de invalidez del acto de designación que acarrea la invalidez de los subsiguientes actos del procedimiento electoral y la proclamación de los electos.

⁸⁴⁸ MORALES ARROYO, José María: "Las consecuencias colaterales de la disolución ..." op. cit., p. 259.

⁸⁴⁹ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados ...* op. cit., p. 178; y, GARCÍA ROCA, Javier: "La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 65, Mayo-Agosto 2002, pp. 301, 308 y 323-324.

había dispuesto que la extinción del mandato se extendía a todos los diputados que hayan formado parte del partido en el momento en que se inició el proceso de disolución⁸⁵⁰.

Ahora esta solución no parece adecuada tampoco para los representantes que contaminaron con sus actuaciones al partido político porque parte de la presunción que el parlamentario continuará desarrollando las mismas acciones que conllevaron a la disolución de la formación política, y no considera la posibilidad que la disolución judicial pueda motivar que los representantes cambien su modo de conducirse y sus actuaciones políticas⁸⁵¹.

10.- Jurisprudencia: aspectos comunes y singulares.-

La jurisprudencia española y europea ha protegido el derecho fundamental de permanencia de los parlamentarios para permitir la participación política a través de los representantes libremente elegidos por los ciudadanos, frente a las decisiones estatales que extinguen los mandatos parlamentarios, en especial para garantizar la independencia de los parlamentarios en relación a los partidos políticos que presentaron sus candidaturas electorales⁸⁵², como reconoce la Comisión de Venecia⁸⁵³. Así, el cese de los parlamentarios no puede disponerse como una medida automática y accesoria a la disolución de los partidos políticos a los que pertenecieron y presentaron sus candidaturas. Para el Tribunal Europeo, sólo puede disponerse la extinción en el supuesto que por declaraciones y actividades a título personal hayan contribuido al motivo que determine la disolución⁸⁵⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España ha interpretado que la fórmula constitucional que reconoce el derecho fundamental de acceso a los cargos y funciones públicas no se limita exclusivamente al momento de acceder a los mismos, sino que también comprende los momentos posteriores de permanencia y mantenimiento, mientras no se extinga por la voluntad popular de los electores, porque en el caso contrario quedaría el derecho fundamental vaciado de contenido real y efectivo si es que los

⁸⁵⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María: "Guión para el debate sobre la disolución ..." op. cit., p. 251.

⁸⁵¹ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados* ... op. cit., pp. 181-182.

⁸⁵² STC 5/1983, de 4 de febrero, F.J. 4 a); y, STC 10/1983, de 21 de febrero. F.J. 4; y, Sentencia de TEDH de 11 de junio de 2002, asunto Selim Sadak y otros c. Turquía, apars. 37 y 40.

⁸⁵³ Opinión Consolidada de la Comisión de Venecia de 6-7 de julio de 2001, y Opinión N° 423/2007 de 7 de marzo de 2007.

⁸⁵⁴ Sentencia de TEDH de 11 de junio de 2002, asunto Selim Sadak y otros c. Turquía, apars. 37 y 40.

representantes son removidos de sus cargos sin respetarse las causales y los procedimientos legalmente previstos⁸⁵⁵. De esta manera, proyecta el derecho de acceso al cargo público más allá de la elección durante el período del mandato parlamentario, lo que ha sido recogido en parte por el Tribunal Constitucional del Perú en relación a tal proyección durante todo el mandato para evitar que se declare vacante el cargo injustificadamente, pero sin haber formulado una idea de la representación política⁸⁵⁶.

El Tribunal Español ha establecido que el cese de concejales del cargo para el que fueron elegidos por haber sido expulsados del partido político al que pertenecían y en cuyas listas fueron elegidos, viola el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de los representantes libremente elegidos por ellos en la medida que el derecho de permanencia de éstos y a mantenerse en sus cargos proviene de la voluntad del conjunto de los electores y no de la decisión de un partido político. Ello porque la representación política como relación entre el pueblo y los representantes primero *(i)* se deriva de la elección de los ciudadanos que recae sobre las personas y no por la presentación de candidaturas de los partidos, no ejerciendo éstos la representación ni la titularidad de los escaños, y segundo *(ii)*, los representantes son del pueblo y no del partido que los presentó en sus listas; no existiendo una relación representativa entre el representante y el partido por la cual el segundo pueda dar instrucciones y revocar a los primeros⁸⁵⁷.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana no ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación a este derecho a favor de representantes elegidos popularmente, pero si lo ha hecho para proteger a los magistrados de los Tribunales Constitucionales y del Poder Judicial destituidos por los Estados con violación de sus derechos políticos⁸⁵⁸, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional Peruano para tutelar los derechos de los magistrados de la Corte Suprema destituidos por el régimen del ex Presidente Alberto Fujimori⁸⁵⁹. Luego

⁸⁵⁵ STC 10/1983, de 21 de febrero, F.J. 2.

⁸⁵⁶ Sentencia de TCP de 21 de julio de 2006, Exp. N° 2730-2006-PA/TC, Arturo Castillo Chirinos, F.J. 37.

⁸⁵⁷ STC 5/1983, de 4 de febrero, F.J. 4 a).

⁸⁵⁸ Sentencias de CIDH de 5 de agosto de 2008, caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela, párr. 206; de 30 de junio de 2009, caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, párr. 138; de 1° de julio de 2011, caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, párr. 135; de 23 de agosto de 2013, caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, párr. 155; y, de 28 de agosto de 2013, caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, párr. 222.

⁸⁵⁹ Sentencia de TCP de 6 de agosto de 2002, Exp. N° 1109-2002-AA/TC, Isaac Gamero Valdivia, F.Js. 17-18.

de haberlo descartado en un inicio, la Corte Interamericana estableció que el respeto y garantía del derecho a acceder a un cargo público no sólo protege el mero acceso sino que garantiza también la permanencia y el desempeño del cargo, pues obliga que los criterios y procedimientos para la destitución y suspensión no sean arbitrarios ni discriminatorios, sino que sean razonables y objetivos, como lo ha interpretado el Comité de Derechos Humanos⁸⁶⁰.

Hay particularidades en relación a la facultad del parlamentario de renunciar al cargo representativo, porque en España se puede renunciar pero está prohibida constitucionalmente en el Perú. La jurisprudencia española ha tutelado los derechos de los parlamentarios para poder revocar el acto de renuncia antes de ser conocida por el Pleno de la cámara, cuando los partidos políticos habían presentado las dimisiones en blanco⁸⁶¹, y el Poder Judicial del Perú en un caso ha permitido la renuncia de un congresista a pesar del carácter irrenunciable del cargo, en el supuesto que exprese una causa que justifique la renuncia ante el Congreso⁸⁶², sin necesidad de someterse al Pleno⁸⁶³.

10.1- Tribunal Europeo de Derechos Humanos.-

A.- Cese automático de parlamentarios como medida accesorio a la disolución de partido político ilegalizado: el Partido de la Democracia.-

En el asunto **Selim Sadak y otros c. Turquía**, el Tribunal Europeo examinó el caso de los diputados turcos de la Gran Asamblea Nacional, y miembros del Partido de la Democracia disuelto por el Tribunal Constitucional por haber vulnerado la integridad territorial del Estado y la unidad de la Nación. Los diputados turcos reclamaron que el Tribunal Constitucional además de haber disuelto el partido, dispuso la extinción automática del mandato parlamentario de todos los demandantes como medida accesorio⁸⁶⁴.

⁸⁶⁰ Sentencia de CIDH de 5 de agosto de 2008, caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela, párr. 206.

⁸⁶¹ STC 214/1998, de 11 de noviembre, F.J. 4.

⁸⁶² Sentencia de Décimo Juzgado Constitucional de Lima de 8 de marzo de 2010, Exp. N° 30303-2008, Javier Valle-Riestra Gonzalez-Olaechea, F.J. Sétimo.

⁸⁶³ Sentencia de Sétima Sala Civil de la Corte Superior de Lima de 12 de junio de 2013, Exp. N° 567-2010, Javier Valle-Riestra Gonzalez-Olaechea, F.Js. Sexto-Octavo.

⁸⁶⁴ Sentencia de TEDH de 11 de junio de 2002, asunto Selim Sadak y otros c. Turquía, apar. 18.

El Tribunal llevó a cabo un control más estricto por tratarse de injerencias en la libertad de expresión de parlamentarios de la oposición, y calificó la medida de desproporcionada. Al respecto, el Tribunal destacó la severidad extrema de la medida cuestionada porque a los diputados se les prohibió automáticamente el ejercicio de sus actividades políticas y no pudieron continuar ejerciendo su mandato⁸⁶⁵, sin haberse ponderado sus actividades políticas a título personal⁸⁶⁶.

Para apreciar la proporcionalidad de dicha medida, el Tribunal apreció que a través de una reforma constitucional, el artículo 84.5 de la Constitución dispuso que únicamente finalizaba el mandato del diputado cuando sus actos y palabras hubieran llevado consigo a la disolución del partido según la Sentencia del Tribunal Constitucional⁸⁶⁷. Por ello, concluyó que la sanción impuesta a los demandantes no fue proporcional al fin legítimo perseguido invocado por el Gobierno, y era incompatible con la sustancia misma del derecho a ser elegidos y a ejercer su mandato, reconocido a los demandantes por el artículo 3 del Protocolo N° 1. Además, vulneró el poder soberano del electorado que los eligió diputados⁸⁶⁸.

Conviene precisar que el Tribunal consideró, al igual que la Comisión, que esta disposición garantiza el derecho de todo individuo a presentarse como candidato en las elecciones, y, una vez elegido, a ejercer su mandato⁸⁶⁹, invocando los antecedentes encontrados en los asuntos *Ganchev c. Bulgaria* y *Gaulieder c. Eslovaquia*.

B.- Cese automático de parlamentarios por actos y palabras como medida accesoria a disolución de partido político ilegalizado: el Partido de la Prosperidad.-

En el asunto del **Partido de la Prosperidad Refah Partisi y otros c. Turquía**, el Tribunal Europeo examinó que el Tribunal Constitucional había declarado la disolución del partido político por haberse convertido en un centro de actividades contrarias al principio de laicidad, ordenando además la destitución, a título de sanción accesoria, de cinco diputados

⁸⁶⁵ Sentencia de TEDH de 11 de junio de 2002, asunto Selim Sadak y otros c. Turquía, apar. 38; y, GARCÍA ROCA, Javier: "Del compromiso internacional de los Estados ..." op. cit., p. 737.

⁸⁶⁶ GARCÍA ROCA, F. Javier y DALLA VÍA, Alberto R.: "Los derechos políticos y electorales ..." op. cit., p. 261.

⁸⁶⁷ Sentencia de TEDH de 11 de junio de 2002, asunto Selim Sadak y otros c. Turquía, apar. 37.

⁸⁶⁸ Idem, apar. 40.

⁸⁶⁹ Idem, apar. 33.

por haber comprobado que causaron mediante sus actos y declaraciones la disolución, y prohibió que sean fundadores, miembros o dirigentes de otro partido durante cinco años⁸⁷⁰.

Si bien había establecido que la disolución de un partido político unida a la prohibición temporal a sus dirigentes de ejercer responsabilidades políticas, era una medida radical y que medidas severas sólo podían ser aplicadas en los casos más graves, el Tribunal constató que en el caso concreto la injerencia respondía a una necesidad social imperiosa⁸⁷¹. El Tribunal consideró que la sanción impuesta a los demandantes respondía razonablemente a una necesidad social imperiosa en la medida que bajo pretexto de que daban un contenido diferente al principio de laicidad, habían declarado tener la intención de establecer un sistema multijurídico e instaurar la ley islámica, y habían dejado dudas sobre su posición en cuanto al recurso a la fuerza para acceder y permanecer en el poder⁸⁷².

En tal contexto, el Tribunal consideró que si bien el margen de apreciación de los Estados debe ser estrecho en materia de disolución de partidos políticos porque el pluralismo ideológico y de los partidos es inherente a la democracia, el Estado puede razonablemente impedir la realización de un proyecto político incompatible con las normas del Convenio, antes de que sea puesto en práctica mediante actos concretos que ponen en riesgo la paz civil y el régimen democrático⁸⁷³. La disolución del partido era una medida necesaria en una sociedad democrática, que podía ser adoptada para impedir la realización de un proyecto político incompatible con el Convenio, y era proporcionada a la gravedad de los fines⁸⁷⁴.

En relación a los diputados destituidos, el Tribunal apreció que tras la disolución del partido, únicamente cinco de sus disputados fueron destituidos de sus funciones

⁸⁷⁰ Sentencia de TEDH de 31 de julio de 2001, asunto Refah Partisi y otros c. Turquía, apars. 22 y 29; GARCÍA ROCA, Javier: "Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (Art. 17 CEDH)", en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (Coords.): *La Europa de los derechos El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 648; y, GARCÍA ROCA, Javier: "La problemática disolución del partido de la prosperidad ..." op. cit., p. 301.

⁸⁷¹ Sentencia de TEDH de 31 de julio de 2001, asunto Refah Partisi y otros c. Turquía, apar. 81.

⁸⁷² Idem, apar. 80.

⁸⁷³ Ibidem.

⁸⁷⁴ GARCÍA ROCA, Javier: "Abuso de los derechos fundamentales y defensa ..." op. cit., p. 648.

parlamentarias y de su papel de dirigentes. Los demás 152 diputados continuaron ejerciendo sus mandatos y prosiguieron sus carreras políticas⁸⁷⁵.

10.2.- Comisión de Venecia del Consejo de Europa y transfuguismo.-

La Comisión de Venecia en la Opinión N° 423/2007 de 7 de marzo de 2007 expuso su parecer en relación a la posibilidad de **la reforma legislativa en Ucrania acerca del estatuto de los diputados del Parlamento de la República Autónoma de Crimea y de los Consejos Locales**, que permitía que los partidos políticos revoquen a los diputados antes de finalizar el período del mandato para el que fueron elegidos, cuando abandonen voluntariamente el partido para incorporarse a otro o el partido decida expulsarlos⁸⁷⁶. La cuestión se veía en Ucrania desde la óptica de sus frecuentes problemas para producir mayorías estables a causa de un número elevado de tráfugas, y que las tensiones producidas llevaron al Presidente a disolver anticipadamente el Parlamento y además a posponer las elecciones extraordinarias⁸⁷⁷.

Antes, la misma Comisión de Venecia había emitido la Opinión Consolidada de 6-7 de julio de 2001, acerca del **Proyecto de Reforma de la Constitución de Ucrania**, calificando dicha medida que introducía el mandato imperativo como una reforma muy peligrosa y contraria al principio del libre e independiente mandato parlamentario porque unir el mandato del diputado nacional a la afiliación a una facción o grupo parlamentario, infringe la independencia de los diputados y sería inconstitucional si se tiene en cuenta que los miembros del Parlamento representan al pueblo y no sólo a los partidos⁸⁷⁸.

Para la Comisión de Venecia, el *status* del diputado nacional se basa en una gran tradición y principios de las democracias libres y pluralistas, primero (i), el principio de la representación del pueblo o de la Nación como un todo y no sólo como una parte, o un grupo específico de personas o una parte territorial del país, y segundo (ii), la libre voluntad y su manifestación como miembro del parlamento por la prohibición del mandato imperativo⁸⁷⁹.

⁸⁷⁵ Sentencia de TEDH de 31 de julio de 2001, asunto Refah Partisi y otros c. Turquía, apar. 81.

⁸⁷⁶ Opinión de la Comisión de Venecia N° 423/2007 de 7 de marzo de 2007.

⁸⁷⁷ GARCÍA ROCA, Javier: "Representación política y transfuguismo: la libertad ..." op. cit., p. 69.

⁸⁷⁸ Opinión consolidada de la Comisión de Venecia de 6-7 de julio de 2001, punto 1.

⁸⁷⁹ Ibidem.

La ley propuesta contemplaba dos caminos para la revocación de los diputados: una (i), a instancia de los electores, y dos (ii), de los partidos políticos en cuya candidatura fue elegido el diputado. En el segundo supuesto, la revocación por el partido se podía producir en varios casos: si el representante no se unía al grupo parlamentario, si lo abandonaba por voluntad propia, si se unía a otro grupo, o por otros motivos que el supremo comité ejecutivo de cada partido estableciera.

Los tres primeros supuestos buscaban preservar la disciplina de partido y fundaban las bases de un mandato imperativo; y el cuarto era más problemático, pues concedía una autorización en blanco a las cúpulas partidarias para determinar la revocación, pero éstos órganos de gobierno no aportan garantía de neutralidad e independencia, ni de necesarios conocimientos jurídicos y además no se permitía un recurso judicial para revisar la decisión. Los conflictos políticos derivados de la disciplina de partidos no se pueden resolver con reglas tan rígidas, que van mucho más allá de lo conveniente, en su lugar se debe optar por debates libres⁸⁸⁰.

Por todo ello, la Comisión de Venecia en su Opinión recomendó eliminar dicha medida del ordenamiento legal ucraniano por ser contrarios a los estándares europeos en el área de la democracia y del Estado de Derecho porque prohibir la transferencia de un diputado de un grupo político a otro, especialmente cuando una transición así es necesaria por los desarrollos políticos, sociales y económicos de la sociedad, la reforma recortaba gravemente las relaciones entre la sociedad civil y el Parlamento⁸⁸¹.

10.3.- Tribunal Constitucional de España.-

A.- Cese de alcalde y concejal por expulsión de partido político.-

En este caso, el **alcalde y concejal del Municipio de Andújar Miguel Bellido del Pino** interpuso recurso de amparo contra los acuerdos del Ayuntamiento Pleno de Andújar que lo cesaron de dichos cargos, por haber sido expulsado del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), en aplicación del artículo 11.7 de la Ley sobre Elecciones Locales. El

⁸⁸⁰ GARCÍA ROCA, Javier: "Representación política y transfuguismo: la libertad ..." op. cit., pp. 69-70.

⁸⁸¹ Opinión de la Comisión de Venecia N° 423-2007 de 7 de marzo de 2007, apars. 21-22; y, GARCÍA ROCA, Javier: "Representación política y transfuguismo: la libertad ..." op. cit., p. 70.

Tribunal al entrar al examen del artículo 23.2 afirmó que el derecho a acceder a los cargos públicos comprende también el derecho a permanecer en los mismos, porque de otro modo el derecho fundamental quedaría vacío de contenido; en tal sentido, el derecho a permanecer en condiciones de igualdad con los requisitos que señalen las Leyes, es susceptible de amparo en la medida en que las leyes establezcan una causa de remoción que viole dicho derecho fundamental o que no respete las condiciones de igualdad⁸⁸².

El Tribunal interpretó en conexión los dos apartados del artículo 23°, no sólo el 23.2. El artículo 23.1 consagra el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes elegidos en elecciones periódicas, y los representantes son quienes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar. Por ello, la permanencia de los representantes depende de la voluntad de los electores expresada a través de las elecciones, inherentes al Estado democrático, y no de la voluntad del partido político. En conclusión, el cese en el cargo público representativo al que se accede en virtud del sufragio no puede depender de una voluntad ajena a la de los electores, y a la de los elegidos⁸⁸³.

Para llegar a esta conclusión, interpretó además la prohibición constitucional del mandato imperativo en conexión con el derecho de los representantes de acceso y permanencia en el cargo, pues el mandato libre hace presumir que la voluntad del representante es la voluntad de los representados en su conjunto y no sólo de los ciudadanos que votaron por él. Para el Tribunal, si se desconoce la relación de imputación que apareja este vínculo se suprime la naturaleza misma de la institución representativa⁸⁸⁴.

Si bien los partidos políticos ejercen funciones importantes según el artículo 6 de la Constitución, en cuanto expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son un instrumento fundamental para la participación política; sin perjuicio de ello, el derecho a participar corresponde a los ciudadanos, y no a los partidos, los representantes elegidos son de los ciudadanos y no de los partidos, y la

⁸⁸² STC 5/1983, de 4 de febrero, F.J. 3.

⁸⁸³ Idem, F.J. 4. a).

⁸⁸⁴ GARCÍA ROCA, Javier: "Representación política y transfuguismo: la libertad ..." op. cit., p. 60.

permanencia en el cargo no depende de la voluntad de los partidos, sino de la expresada por los electores a través del sufragio en elecciones periódicas⁸⁸⁵.

Por ello, la norma legal cuestionada que otorgaba a los partidos la posibilidad de crear por su voluntad, mediante la expulsión, el presupuesto de hecho para disponer el cese en el cargo público, es contraria al derecho a permanecer en el cargo al contemplar una causa de extinción del mandato parlamentario, susceptible de recurso de amparo⁸⁸⁶. El legislador había aprobado, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, dicha norma que dispuso la pérdida del cargo público representativo de aquel concejal que dejaba de pertenecer al partido que lo presentó a las elecciones⁸⁸⁷. El Tribunal consideró inconstitucional dicha norma⁸⁸⁸.

En esta sentencia, el Tribunal adopta una doctrina jurisprudencial por la que establece una prohibición derivada de la concepción constitucional de la representación política, consistente en impedir que los parlamentarios que acceden al cargo, dejen de permanecer en el mismo por una decisión que no proviene de la voluntad de los electores⁸⁸⁹.

B.- Cese de concejales por expulsión de partido político.-

En el mismo sentido, en el recurso de amparo interpuesto por los **concejales del Ayuntamiento de Madrid**, que fueron cesados en sus cargos y reemplazados por sustitutos por haber sido expulsados del Partido Comunista, el Tribunal ratificó que la facultad otorgada por la ley al partido político de privar al representante de su condición cuando lo expulsa, contraviene de manera frontal el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes, porque una vez elegidos, los representantes lo son de todo el cuerpo electoral, y se convierten en titulares de una función pública que no puede ser finalizada por decisiones de entidades que no son órganos del Estado⁸⁹⁰.

⁸⁸⁵ STC 5/1983, de 4 de febrero, F.J. 4. a).

⁸⁸⁶ Ibidem.

⁸⁸⁷ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados* ... op. cit., p. 163. El autor explica que la norma no diferenciaba entre la renuncia voluntaria y la expulsión del partido político.

⁸⁸⁸ GARCÍA ROCA, Javier: "Representación política y transfuguismo: la libertad ..." op. cit., p. 60.

⁸⁸⁹ FOSSAS ESPADALER, Enric: *El derecho de acceso a los cargos públicos* op. cit., p. 111.

⁸⁹⁰ STC 10/1983, de 21 de febrero. F.J. 4.

La Constitución impone al legislador la exigencia de fijar legalmente las causas de cese por tratarse de un derecho de permanencia que implica también el de no ser removidos de los cargos y funciones públicas, si no es por las causas y los procedimientos legalmente previstos⁸⁹¹. El legislador debe hacerlo respetando los límites que tiene; por una parte, las condiciones generales que impone el principio de igualdad y los derechos fundamentales que la Constitución garantiza; y, por la otra, la naturaleza esencial que tienen los cargos representativos que aparece definida por la misma Constitución. Por ello, una regulación legal que sea contraria a la naturaleza de la representación viola también el derecho del representante a permanecer en el cargo⁸⁹².

En este caso, el Tribunal concluye que la norma cuestionada violaba en la persona de los recurrentes, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante representantes elegidos, y el de los representantes a mantenerse en sus funciones, cuando por haber sido expulsados, dejen de pertenecer al partido que los propuso como candidatos, y sean privados de los cargos para los que fueron elegidos por la voluntad popular⁸⁹³.

C.- Cese de concejal por renuncia revocada por desistimiento.-

El **concejal del Partido Socialista Obrero Español del Ayuntamiento de Cantoría (Almería) Francisco López Martínez** interpuso recurso de amparo contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Andalucía, que declaró fundado un recurso contencioso-administrativo y consideró que la renuncia al cargo adquirió plena eficacia en el momento en que se formalizó mediante su presentación, careciendo de virtualidad jurídica el posterior desistimiento por haber renunciado previamente.

Frente a la interpretación formalista del Tribunal Superior que restringía el derecho fundamental a la permanencia en el cargo, el Tribunal Constitucional estimó que según una disposición reglamentaria la renuncia al cargo tiene eficacia jurídica cuando es llevada y se

⁸⁹¹ FOSSAS ESPADALER, Enric: *El derecho de acceso a los cargos públicos* op. cit., p. 111; y, STC 10/1983, de 21 de febrero, F.J. 2.

⁸⁹² STC 10/1983, de 21 de febrero, F.J. 2.

⁸⁹³ Idem, F.J. 4.

hace efectiva ante el Pleno de la corporación municipal, no cuando se presenta en el registro de la corporación y allí sólo queda en curso o tramitación⁸⁹⁴.

Además, establece que si bien la renuncia surte efectos automáticos cuando se presenta ante el Pleno y su asentimiento o aceptación no es condición para su efectividad, ello hace posible la revocación de la renuncia mientras esté en curso o trámite hasta antes que el Pleno tome conocimiento de la misma⁸⁹⁵. Conviene precisar aquí que la presentación ante el Pleno para que tenga efectividad, no es un acto constitutivo de la renuncia, sino que sirve para dar cuenta de su existencia y dotarla de eficacia plena, sin que de ello pueda entenderse la aceptación del órgano como un requisito, pues deben evitarse los abusos posibles de la mayoría parlamentaria contra la voluntad del representante de renunciar⁸⁹⁶.

Finalmente, el Tribunal sostiene que esta interpretación no es sólo la más ajustada a la norma reglamentaria, sino la más adecuada para garantizar el derecho fundamental a la permanencia en el cargo y el ejercicio de la función representativa, impidiendo que pueda ser perturbado como consecuencia de un entendimiento abusivo de la misma por las mayorías parlamentarias. *Sensu contrario*, la interpretación del Tribunal Superior que consideró la irrevocabilidad de la renuncia una vez presentada en el registro, sin permitir su revocación por escrito mientras no hubiera sido llevada al Pleno, implica una restricción innecesaria e ilegítima a la efectividad del derecho fundamental, y la vulneración de dicho derecho⁸⁹⁷.

Al respecto, la interpretación del Tribunal Constitucional garantiza el *status* del representante frente a las dimisiones en blanco presentadas por los partidos contra la voluntad auténtica de los parlamentarios y también cuando las renunciaciones sean presentadas bajo las presiones de sus partidos o incluso de terceros. De esta manera, el conocimiento por el Pleno se convierte en una condición de la eficacia plena del acto de renuncia, más no de su

⁸⁹⁴ STC 214/1998, de 11 de noviembre, F.J. 4.

⁸⁹⁵ Ibidem.

⁸⁹⁶ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados* ... op. cit., p. 174. El autor explica que, a diferencia, la aceptación de la cámara respectiva es entendida en el ordenamiento italiano como un acto necesario para que la dimisión sea efectiva, operando como una garantía de la prohibición del mandato imperativo, para que la dimisión sea auténticamente libre y personal, evitando las manifestaciones no espontáneas derivadas del disenso entre el partido y el parlamentario.

⁸⁹⁷ STC 214/1998, de 11 de noviembre, F.J. 4.

existencia, y la falta de conocimiento del Pleno sólo puede operar en beneficio del representante para permitir su desistimiento⁸⁹⁸.

10.4.- Corte Interamericana de Derechos Humanos.-

A.- Destitución de magistrados del Tribunal Constitucional del Perú.-

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha construido una nueva doctrina jurisprudencial al interpretar el contenido del artículo 23.1, literal c, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a los derechos políticos, apartándose del sentido literal de la idea del mero acceso al que lo había circunscrito en el caso **Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú**.

En este caso, frente a la destitución de tres de los magistrados del Tribunal Constitucional por el Congreso de la República, la Corte Interamericana había estimado que los hechos expuestos no se consideraban una violación del artículo 23.1, literal c, de la Convención porque los magistrados que sufrieron la destitución ya tuvieron acceso a la función pública en condiciones de igualdad, habiéndose suscitado otras cuestiones que implican la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención, que consagran el derecho de las víctimas a obtener protección judicial de conformidad con el debido proceso legal⁸⁹⁹.

B.- Destitución de magistrados del Poder Judicial de Venezuela.-

En el caso **Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela**, la Corte tuvo la oportunidad de conocer la destitución de tres magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por parte de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (CFRSJ). A las víctimas no sólo se les discriminó al ser destituidas sino que también en el acceso a nuevos cargos en el Poder Judicial, porque otras dos magistradas de la misma corte sí pudieron reingresar y ser nombradas, pero las víctimas tenían un impedimento de acceder a cargos judiciales como consecuencia de la destitución en virtud a una ley prohibitiva.

⁸⁹⁸ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados ...* op. cit., p. 174.

⁸⁹⁹ Sentencia de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, párr. 103.

Al estudiar y resolver este asunto, la Corte advirtió que si había una violación del artículo 23.1, literal c, de la Convención, explicando que dicho artículo no establece el derecho a acceder a un cargo público, sino a hacerlo en condiciones generales de igualdad, lo que quiere decir que el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución sean razonables y objetivos, y las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de este derecho⁹⁰⁰.

Así, la Corte homologó su doctrina jurisprudencial en relación al artículo 23.1, literal c, de la Convención a la interpretación que había realizado el Comité de Derechos Humanos acerca del artículo 25, literal c, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité de Derechos Humanos en la Observación general N° 25 relativa a la participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, señala que dicho artículo se refiere al derecho y la posibilidad de los ciudadanos de acceder, en condiciones generales de igualdad, a cargos públicos, interpretando que para garantizarlo, los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos⁹⁰¹.

De esta manera, el Corte como el Comité no se limitan a proteger sólo el mero acceso al cargo público, sino que interpretan que garantiza la permanencia y el desempeño del cargo, pues obliga que los criterios y procedimientos para la destitución y suspensión no sean arbitrarios ni discriminatorios, sino que sean razonables y objetivos.

C.- Destitución de magistradas provisorias del Poder Judicial de Venezuela.-

En el caso **Reverón Trujillo vs. Venezuela**, la víctima fue destituida del cargo de juez provisoria por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (CFRSJ), y al interponer un recurso de apelación, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo declaró nula dicha sanción pero no dispuso que sea restituida en el cargo ni el pago de salarios dejados de percibir, por haberse iniciado el procedimiento de reestructuración convocando a concurso público los cargos judiciales provisorios como el que tenía la víctima.

⁹⁰⁰ Sentencia de CIDH de 5 de agosto de 2008, caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela, párr. 206; y, GARCÍA ROCA, F. Javier y DALLA VÍA, Alberto R.: "Los derechos políticos y electorales ..." op. cit., pp. 241-242.

⁹⁰¹ Observación general N° 25 del Comité de Derechos Humanos relativa a la participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, párr. 23.

El Estado había argumentado que el artículo 23.1, literal c), de la Convención no comprendía el derecho de permanencia en la función pública, por lo que la Corte se pronunció recordando que en el caso *Apitz Barbera y otros*, había precisado que dicho artículo no establece el derecho a acceder a un cargo público, sino a hacerlo en condiciones generales de igualdad, por lo que el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución son razonables y objetivos, y las personas no sean objeto de discriminación cuando lo ejerzan⁹⁰².

En base a ello, la Corte estimó que el acceso en condiciones de igualdad constituiría una garantía insuficiente si no está acompañado por la protección efectiva de la permanencia en aquello a lo que se accede⁹⁰³. El derecho al acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de las funciones públicas. Para ello, resulta indispensable que el Estado implemente las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación⁹⁰⁴.

En relación a la condición de provisionalidad de la víctima alegada por los tribunales internos para no disponer su reincorporación en el cargo por no tener estabilidad como los titulares y ser de libre remoción⁹⁰⁵, la Corte precisó que los jueces provisorios ejercen exactamente las mismas funciones que tienen los jueces titulares, esto es, administrar justicia. Por ello, los justiciables tienen el derecho a que los jueces que resuelven sus controversias sean independientes, y el Estado ofrezca las garantías que aseguren la independencia judicial tanto a los jueces titulares como a los provisorios⁹⁰⁶. Si bien el nombramiento permanente corresponde a los titulares y la duración en el cargo de los provisorios es ciertamente limitado

⁹⁰² Sentencia de CIDH de 30 de junio de 2009, caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, párr. 138.

⁹⁰³ *Ibidem*.

⁹⁰⁴ *Idem*, párr. 139.

⁹⁰⁵ *Idem*, párr. 140.

⁹⁰⁶ *Idem*, párr. 114.

en el tiempo, éstos están sujetos a la condición resolutoria del nombramiento del juez titular mediante el concurso público de oposición correspondiente⁹⁰⁷.

Para la Corte, la víctima sufrió un trato desigual arbitrario respecto al derecho a la permanencia, en condiciones de igualdad, en el ejercicio de las funciones públicas, y el Estado violó el artículo 23.1, literal c, de la Convención Americana en conexión con las obligaciones de respeto y de garantía establecidas en el artículo 1.1 de la misma⁹⁰⁸.

En términos muy similares al anterior, en el caso **Chocrón Chocrón vs. Venezuela**, la víctima reclamó que fue destituida por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, por haber dejado sin efecto la designación que había hecho como juez provisoria y designado a otro juez temporal, alegando las facultades de designación y de remoción libre conferidas en relación a este tipo de jueces mientras no se nombren a los jueces titulares.

En este asunto, la Corte en base a lo resuelto en los casos *Apitz Barbera y otros* y *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, ratificó que el acceso en condiciones de igualdad constituiría una garantía insuficiente si no está acompañado por la protección efectiva de la permanencia en aquello a lo que se accede⁹⁰⁹, explicando también más aún si se tiene en cuenta la estabilidad como componente de la independencia judicial y además que la igualdad de oportunidades en el acceso y la estabilidad en el cargo garantizan la libertad frente a toda injerencia o presión política⁹¹⁰.

La Corte declaró innecesario pronunciarse por la violación del artículo 23.1, literal c, de la Convención porque había examinado previamente el derecho de permanencia de los jueces provisorios o temporales al encontrar que las garantías procesales relativas al deber de motivación y a la defensa, así como a la protección judicial, reconocidas por los artículos 8 y 25 de la Convención⁹¹¹, habían sido violadas en este asunto.

⁹⁰⁷ Sentencias de CIDH de 5 de agosto de 2008, caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela, párr. 43; y, de 30 de junio de 2009, caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, párr. 116.

⁹⁰⁸ Sentencia de CIDH de 30 de junio de 2009, caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, párr. 141.

⁹⁰⁹ Sentencia de CIDH de 1° de julio de 2011, caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, párr. 135.

⁹¹⁰ Ibidem.

⁹¹¹ Idem, párr. 136.

D.- Destitución de magistrados de la Corte Suprema de Ecuador.-

En el caso **Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador**, las víctimas veintisiete magistrados de la Corte Suprema fueron destituidas de sus cargos por resolución del Congreso Nacional, sin que exista causal de separación prevista legalmente ni se les haya permitido ejercer su defensa y contar con un recurso judicial contra dicha medida. En este asunto, la Corte analiza la independencia de los jueces como una garantía judicial presente en el artículo 8.1 de la Convención Americana, y la vincula con el derecho a la permanencia en el cargo público ya reconocido como parte del contenido del derecho de acceso a la función pública del artículo 23.1, literal c.

Para la Corte, cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido por el artículo 23.1, literal c, de la Convención Americana⁹¹².

La Corte identifica las diversas dimensiones de la independencia judicial: una (i) la institucional u objetiva, y dos (ii), la subjetiva o individual, que guardan relación directa. Así, por un lado, la dimensión objetiva trasciende la persona del juez e impacta colectivamente en la sociedad y en aspectos esenciales para el Estado de Derecho, como el principio de separación de poderes y la importancia de la función judicial en un régimen democrático; y por otro, la dimensión subjetiva exige que se otorguen al juez un conjunto de garantías que hagan posible su independencia en el ejercicio de su función, como el derecho a permanecer en el cargo y la garantía de la inamovilidad en el cargo⁹¹³.

Por todo ello, la Corte concluyó que todas las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca

⁹¹² Sentencia de CIDH de 23 de agosto de 2013, caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, párr. 155; y, PARRA VERA, Oscar: “La independencia judicial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Evolución, debates y diálogos”, en SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Dir.), SOLANES MULLOR, Joan y ROA ROA, Jorge Ernesto (Coords.): *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos*, Valencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Tirant lo Blanch-Universitat Pompeu Fabra, 2017, pp. 491-492.

⁹¹³ Idem, párrs. 153-154.

exclusivamente a las causales permitidas, por medio de un proceso que respete las garantías judiciales, o porque se ha cumplido el período de su mandato. En el primer supuesto, el respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial⁹¹⁴.

E.- Destitución de magistrados del Tribunal Constitucional de Ecuador.-

La Corte Interamericana en el caso **Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador**, examinó la situación reclamada por las víctimas ocho vocales del Tribunal Constitucional destituidas de sus cargos por resolución del Congreso Nacional, adoptada a través de juicios políticos seguidos contra ellos, sin haber contado con garantías procesales para tener la posibilidad de defenderse y presentar un recurso judicial efectivo que proteja sus derechos.

La Corte Interamericana apreció al resolver este caso que las seis mociones de censura presentadas en contra de los vocales estaban directamente relacionadas con las sentencias que el Tribunal había emitido, referentes al décimo cuarto salario y al método de D'Hondt⁹¹⁵, a pesar que según el derecho interno, el objeto del juicio político del Congreso Nacional no podía ser revisar la constitucionalidad o legalidad de las sentencias del Tribunal Constitucional, conforme al principio de separación de poderes y a la competencia que tenía para controlar la constitucionalidad formal y/o material de las leyes del Congreso⁹¹⁶.

En este asunto, la Corte ratifica la doctrina jurisprudencial desarrollada en los casos *Apitz Barbera y otros*, *Reverón Trujillo y Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, y va más allá al destacar que, a diferencia de los ceses arbitrarios de jueces en forma aislada, la destitución masiva de jueces provenientes de las Altas Cortes constituye no sólo un atentado contra la independencia judicial sino también contra el orden democrático⁹¹⁷. Por ello, resaltó que en catorce días se destituyó no sólo al Tribunal Constitucional, sino también al Tribunal Electoral y a la Corte Suprema de Justicia, lo cual constituyó un actuar intempestivo

⁹¹⁴ Idem, párr. 155.

⁹¹⁵ Sentencia de CIDH de 28 de agosto de 2013, caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, párr. 205.

⁹¹⁶ Idem, párr. 204.

⁹¹⁷ Idem, párr. 207.

inaceptable y evidenciaba que en Ecuador había un clima de inestabilidad institucional que afectaba a las más importantes instituciones del Estado⁹¹⁸.

La destitución de todos los miembros del Tribunal Constitucional implicó una desestabilización del orden democrático y la ruptura de la separación e independencia de los poderes públicos al realizarse un ataque a las tres Altas Cortes de Ecuador. La Corte destacó también que la separación de poderes guarda una estrecha relación, no sólo con la consolidación del régimen democrático, sino que además busca preservar las libertades y derechos humanos de los ciudadanos⁹¹⁹.

Finalmente, la Corte al pronunciarse declaró la violación del artículo 8.1 en relación con los artículos 23.1, literal c, y 1.1 de la Convención Americana, por las violaciones conjuntas a la permanencia en el ejercicio de la función judicial, y a la independencia judicial y a la garantía de imparcialidad, en perjuicio de las víctimas⁹²⁰.

10.5.- Tribunal Constitucional y del Poder Judicial del Perú.-

A.- Vacancia de alcalde por sentencia penal condenatoria no firme.-

En el proceso de amparo interpuesto por el **alcalde del Concejo Provincial de Chiclayo Arturo Castillo Chirinos** contra la resolución del Jurado Nacional de Elecciones que declaró la vacancia de su cargo por habersele impuesto una condena por sentencia judicial, el Tribunal Constitucional considera que el contenido constitucional del derecho a ser elegido no se agota en el acto mismo de la votación, sino que se proyecta durante todo el mandato, de modo tal que el impedimento o restricción de su ejercicio, fuera de la causas previstas constitucional y legalmente, supone también una afectación del derecho y se considera nula y punible conforme al artículo 31, *in fine*, de la Constitución⁹²¹.

El artículo 22, numeral 6, de la Ley Orgánica de Municipalidades dispuso que el cargo de alcalde o regidor se declara vacante por el concejo municipal en el caso de sentencia judicial emitida en última instancia por delito doloso. Esta norma legal se interpreta en el

⁹¹⁸ Idem, párr. 212.

⁹¹⁹ Idem, párr. 221.

⁹²⁰ Idem, párr. 222.

⁹²¹ Sentencia de TCP de 21 de julio de 2006, Exp. N° 2730-2006-PA/TC, Arturo Castillo Chirinos, F.J. 37.

sentido que alude a la existencia de una sentencia firme que haya puesto fin al proceso penal, no susceptible de ser revisada por ninguna instancia superior, y que, por tanto, haya adquirido calidad de cosa juzgada⁹²².

Para el Tribunal, el acto de declarar la vacancia en el cargo al que se ha accedido por voluntad popular, en base a una sentencia penal que no ha sido dictada en última y definitiva instancia y que carece de la autoridad de la cosa juzgada, supone una violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, previsto en el artículo 2, numeral 24 literal e, de la Constitución, así como de los derechos fundamentales a participar en la vida política del país y a ser elegido representante reconocidos por los artículos 2, numeral 17, y 31 de la Constitución⁹²³.

Al respecto, el Tribunal había constatado que el Jurado Nacional de Elecciones tenía conocimiento que estaban pendientes en dicho proceso penal un incidente de recusación contra uno de los vocales que emitió la sentencia condenatoria, y un recurso de queja había sido admitido por la Corte Suprema, por lo que el proceso no había finalizado y la Corte Suprema tenía la facultad expedita de declarar nula la condena⁹²⁴.

B.- Vacancia de alcalde por causal de nepotismo.-

En el proceso de amparo seguido por el **alcalde de la Municipalidad Distrital de Canchaque de Piura Pedro Lizana** contra la resolución del Jurado Nacional de Elecciones que declaró la vacancia de su cargo por la causal de nepotismo prevista por el artículo 22, inciso 8, de la Ley Orgánica de Municipalidades, el Tribunal Constitucional consideró, frente a la irrevisabilidad judicial de sus resoluciones alegada por el jurado, que si bien es cierto que es el máximo órgano de administración de justicia electoral, no lo es menos que, como cualquier otro poder público, se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales, en el marco del respeto al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva⁹²⁵.

⁹²² Ibidem.

⁹²³ Idem, F.J. 52.

⁹²⁴ Idem, F.J. 51.

⁹²⁵ Sentencia de TCP de 8 de noviembre de 2005, Exp. N° 5854-2005-PA/TC, Pedro Lizana Puelles, F.J. 18.

En tal sentido, interpreta que los artículos 142 y 181 de la Constitución al referir que las resoluciones del jurado en materia electoral son expedidas en última instancia y no pueden ser objeto de control jurisdiccional, tienen por propósito garantizar que ningún otro órgano del Estado se arrogue la función de administrar justicia sobre los asuntos electorales, pues en esta materia técnico-jurídica, el jurado es la instancia definitiva⁹²⁶.

No obstante ello, cuando el jurado ejerce funciones excediendo el marco normativo que la Constitución le impone, expidiendo una resolución contraria a los derechos fundamentales, la jurisdicción constitucional se torna inmediatamente en el fuero competente para determinar si se violó o no el derecho fundamental reconocido por la Constitución, a través del proceso de amparo destinado a su tutela, sin que ello signifique una subrogación de las funciones reservadas constitucionalmente al jurado⁹²⁷.

Al controlar la constitucionalidad de la decisión del jurado en este caso, el Tribunal ratificó la validez de la misma por considerar que el jurado era competente para conocer el recurso de apelación contra el acuerdo del concejo municipal que desestimó la vacancia, y que la declaratoria de vacancia estuvo fundada en el causal de nepotismo en que incurrió el alcalde, conforme a las disposiciones de la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades⁹²⁸.

C.- Inhabilitación de función pública por infracción constitucional declarada en juicio político.-

Las demandantes **congresistas de la Alianza Política Cambio 90-Nueva Mayoría Luz Salgado y Carmen Lozada** interpusieron demanda de amparo contra las resoluciones del Congreso de la República que, luego de seguirles un juicio político, les impuso la sanción de inhabilitación de la función pública por cinco años por haber cometido infracción de los artículos 43, 150, 158 y 177 de la Constitución, y declaró la vacancia de los cargos de congresistas. Las demandantes alegaron que, entre otros derechos constitucionales, se les

⁹²⁶ Idem, F.J. 20.

⁹²⁷ Ibidem.

⁹²⁸ Idem, F.Js. 41-42.

habría vulnerado el derecho fundamental a ser elegidos representantes reconocido por el artículo 31 de la Constitución.

El Tribunal conoció de la supuesta violación de dichos derechos, partiendo por afirmar que no se debe olvidar que los derechos fundamentales son relativos y no absolutos, siendo admisibles las restricciones razonables y proporcionales a su ejercicio, y además no se tratan únicamente de derechos subjetivos, sino también de principios y valores objetivos, lo que exige que sean ejercidos respetando los demás principios y bienes constitucionales⁹²⁹.

En base a esta premisa, el Tribunal consideró que una sanción de inhabilitación derivada de un juicio político no implica *per se* una violación al derecho de sufragio y a ser elegido como parlamentario, ya que en el caso constituyó una restricción legítima a dicho derecho observando la gravedad de la infracción constitucional cometida⁹³⁰. Asimismo, tampoco la sanción viola el principio de no sujeción al mandato imperativo, porque si bien los congresistas tienen dicha prerrogativa, ésta no los autoriza ni mucho menos protege de las sanciones derivadas de cometer infracciones a la Constitución⁹³¹.

D.- Cese de magistrados de la Corte Suprema por decreto ley.-

En los **casos de los magistrados de la Corte Suprema** destituidos y cesados de sus cargos por decretos leyes dictados por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional del Presidente Alberto Fujimori, el Tribunal Constitucional reconoció que el artículo 242, numeral 2, de la Constitución de 1979, vigente en la época de los hechos, garantizaba a los magistrados la permanencia en el cargo hasta los setenta años de edad y la inamovilidad si observaban conducta o idoneidad propia en la función, y el artículo 248 agregaba que para ser destituidos requerían de resolución previo procedimiento administrativo⁹³².

No obstante, los decretos leyes carecían de fundamento alguno, no imputaban inconducta o falta grave que merezca la aplicación de una sanción tan drástica del cese, y

⁹²⁹ Sentencia de TCP de 4 de diciembre de 2006, Exp. N° 3593-2006-AA/TC, Luz Salgado Rubianes de Paredes y Carmen Lozada de Gamboa, F.J. 22.

⁹³⁰ Ibidem.

⁹³¹ Ibidem.

⁹³² Sentencia de TCP de 6 de agosto de 2002, Exp. N° 1109-2002-AA/TC, Isaac Gamero Valdivia, F.J. 17.

tampoco se sustentaba en el seguimiento previo de un procedimiento administrativo disciplinario⁹³³.

A pesar que la violación del derecho a la permanencia bastaba para amparar al magistrado, el Tribunal examina también la violación del derecho al debido proceso. Las disposiciones constitucionales antes citadas, establecían la obligación del Estado de realizar un proceso administrativo disciplinario previo, lo que implicaba que, mínimamente, debieron formularse y notificarse los cargos correspondientes, y que se debió conceder un plazo legal para formular su defensa, la facultad de revisar el expediente, y ser juzgado por una autoridad competente, imparcial e independiente⁹³⁴. No obstante ello, el cese del magistrado fue efectuado al margen del procedimiento preestablecido por la ley, y sin contar con las garantías mínimas que corresponden a un debido proceso en sede administrativa⁹³⁵.

Finalmente, en relación a la prohibición a interponer una acción de amparo que impugne los efectos del decreto ley que dispuso la destitución, el Tribunal afirmó que la prohibición impuesta por el Decreto Ley N° 25454 privó arbitrariamente al demandante del derecho fundamental al acceso a un recurso rápido y sencillo para cuestionar en sede jurisdiccional la afectación de sus derechos en base al Decreto Ley N° 25423⁹³⁶.

E.- Renuncia al cargo de congresista.-

El **congresista Javier Valle-Riestra** interpuso demanda de amparo contra el Congreso de la República para que cesen los actos que afectaban sus derechos constitucionales, se deje sin efecto la denegatoria ficta de la renuncia presentada por él a su cargo y se ordene al Congreso aceptarla y declarar vacante el cargo. En este proceso, el Décimo Juzgado Constitucional de Lima declaró fundada la demanda y dispuso que se ponga la renuncia a consideración del Pleno, y en grado de apelación, la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Lima revocó en parte dicha resolución y declaró procedente la renuncia presentada sin necesidad de someterse al Pleno.

⁹³³ Idem, F.J. 18.

⁹³⁴ Idem, F.J. 19.

⁹³⁵ Idem, F.J. 20.

⁹³⁶ Idem, F.J. 21.

El Juzgado Constitucional adoptó una interpretación conforme a la dignidad de la persona y el respeto de los derechos fundamentales, por la que cuando el artículo 95 de la Constitución señala que el cargo de congresista es irrenunciable, está haciendo referencia a la prohibición de presentar una renuncia incausada, sin alegar causa alguna, y que no basta la sola decisión del congresista de renunciar para que opere la misma. Por ello, entiende, *sensu contrario*, que si es posible renunciar al cargo de congresista cuando exista una causa que justifique dicha decisión, y siempre y cuando dicha renuncia sea aceptada por el Congreso, como se contempla para el caso del Presidente de la República, en condiciones de igualdad, por tratarse de los funcionarios de mayor jerarquía elegidos por el pueblo⁹³⁷.

Para el Juzgado, la renuncia al cargo de congresista es posible teniendo en cuenta la edad avanzada y la angustia y tensión que padecería el demandante por ejercer un cargo para el que ya no tiene vocación, lo que pone en evidencia que la falta de pronunciamiento del Pleno del Congreso respecto a la renuncia, afecta su dignidad como persona, su derecho a la libertad de trabajo, y pone en riesgo y amenaza su derecho a la salud⁹³⁸.

En grado de apelación, la Séptima Sala Civil dispuso que se declare procedente la renuncia al cargo de congresista sin necesidad de someterse dicha decisión al Pleno y que sea reemplazado por el accesitario, por estimar que las partes no habían cuestionado la sentencia apelada respecto a la procedencia de la renuncia, el demandante había expresado los motivos o causas que justificaban su renuncia, y que conforme al artículo 93, párrafo segundo, de la Constitución, el juez no puede ordenar a un congresista o a su conjunto, o al Pleno, a votar en tal o cual forma, pues se debe respetar la autonomía de dicho poder del Estado⁹³⁹.

⁹³⁷ Sentencia de Décimo Juzgado Constitucional de Lima de 8 de marzo de 2010, Exp. N° 30303-2008, Javier Valle-Riestra Gonzalez-Olaechea, F.J. 7.

⁹³⁸ Idem, F.J. Noveno; si bien el demandante afirmaba que estaba en excelente estado de salud, había expresado al Congreso los motivos o causas que justificaban su renuncia referidos al hecho de sentirse mal psicosomáticamente ejerciendo el cargo de parlamentario para el que ya no tenía vocación, y para evitar padecer enfermedades somáticas derivadas de la angustia y sufrimiento psicológico que le causaba el ejercicio del cargo en tales condiciones (F.J. 8).

⁹³⁹ Sentencia de Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Lima de 12 de junio de 2013, Exp. N° 567-2010, Javier Valle-Riestra Gonzalez-Olaechea, F.Js. 6-8.

CAPÍTULO V: DERECHO FUNDAMENTAL AL DESEMPEÑO.-

1.- Triple dimensión del derecho.-

Una vez garantizado el acceso y la permanencia, el derecho al ejercicio y desempeño efectivo del cargo comprende el conjunto de derechos y deberes en los que se traduce el cargo público representativo, y otorga un mínimo de *facultades* de actuación a la persona física concreta del representante, formándose la triple dimensión del contenido del derecho fundamental⁹⁴⁰.

El contenido tridimensional del derecho abarca momentos y aspectos muy diferentes y heterogéneos: uno (*i*), el acceso libre e igualitario al cargo, mediante la elección por sufragio universal ciudadano, dos (*ii*), la permanencia en el cargo, frente a los ceses ilegítimos, destinado a preservar la voluntad popular, y tres (*iii*), todo el posterior conjunto de derechos y deberes que implica el desempeño y ejercicio del cargo⁹⁴¹.

Todos estos derechos y facultades que abarcan el contenido tridimensional están unidos por un solo objeto el estatuto del cargo público representativo, que actúa delimitando el terreno de una verdadera garantía constitucional⁹⁴².

2.- Teoría institucional: doble dimensión.-

El derecho del representante elegido al desempeño y ejercicio de las facultades inherentes al cargo público no sólo (*i*) es un mero derecho individual y subjetivo ni tampoco implica facultades individuales y subjetivas, garantizadas al titular del cargo, sino que (*ii*) tiene por función institucional hacer efectivos principios objetivos vitales para la existencia y desarrollo democrático de la comunidad y de todos los ciudadanos que forman parte de ella, como lo son la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, la construcción de la relación de representación política y la función de la oposición política frente al Gobierno y la mayoría.

⁹⁴⁰ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos ...* op. cit., pp. 189-190.

⁹⁴¹ Idem, p. 189.

⁹⁴² Ibidem.

El principio de protección de las minorías opositoras es el que identifica con mayor intensidad al derecho al desempeño y ejercicio efectivo de las facultades inherentes al cargo público, porque su tutela hace posible que las minorías haciendo uso de estas facultades, puedan participar del proceso político manifestando sus intereses y controlando con sus críticas al Gobierno y la mayoría. Se tratan de reglas de procedimiento en provecho del pluralismo y las minorías⁹⁴³, que parten del hecho que en el enfrentamiento mayoría-oposición que caracteriza la vida parlamentaria, se puede producir, como en efecto se produce, un acto adoptado por la mayoría a través de los órganos parlamentarios que domina, que lesione los derechos de las minorías opositoras o los de un sólo miembro de ellas⁹⁴⁴.

De esta manera, el *status* constitucionalmente garantizado al titular del cargo representativo para la defensa del *ius in officium* y de los derechos y facultades inherentes al mismo, se encuentra íntimamente relacionado con la naturaleza y función del órgano representativo al que pertenece. Esta naturaleza y función intrínseca al órgano representativo no es otra que la de controlar, discutir y criticar la actuación del órgano de gobierno, por lo que resulta imprescindible otorgar a los representantes unas facultades de actuación que hagan posible ejercer dicha función tan relevante⁹⁴⁵.

Las prácticas de los órganos públicos y parlamentarios no pueden resultar tan restrictivas que impidan u obstaculicen desproporcionadamente los derechos y facultades reconocidos a los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente garantizadas, como en la función de control de la acción del gobierno que le corresponde a los parlamentarios y grupos de oposición política⁹⁴⁶. Así, a propósito de la libertad para configurar el *status* del representante y las facultades que tiene, el legislador no puede regular el ejercicio de los cargos representativos en términos tales que se vacíe de contenido la función que han de desempeñar, o se la estorbe o dificulte mediante obstáculos artificiales, o se coloque a ciertos representantes en condiciones inferiores a otros⁹⁴⁷.

⁹⁴³ Idem, p. 190.

⁹⁴⁴ TORRES MURO, Ignacio: "Actos internos de las cámaras y recurso de amparo ..." op. cit., p. 163

⁹⁴⁵ MARTÍN NÚÑEZ, Esther: *El régimen constitucional del cargo público representativo* op. cit., pp. 119-120.

⁹⁴⁶ STC 177/2002, de 14 de octubre, F.J. 7.

⁹⁴⁷ STC 32/1985, de 6 de marzo, F.J. 3; y, MARTÍN NÚÑEZ, Esther: *El régimen constitucional del cargo público representativo* op. cit., pp. 62-63.

Si bien el principio de protección de las minorías opositoras es el que lo identifica con mayor intensidad y hace posible reconocer un conjunto de facultades y derechos destinados al desempeño efectivo de la función de control y oposición política al Gobierno y a la mayoría, los demás principios aparecen de manera significativa actuando como soporte de dichas facultades relevante.

Si los derechos políticos como derechos subjetivos de participación ciudadana, constituyen el fundamento funcional de la democracia, y si uno de los elementos esenciales de la democracia es la distinción entre mayoría y minoría, los derechos fundamentales en un Estado democrático deben tener también un efecto protector de las minorías, convirtiéndose en garantías organizativas y procesales para su participación en un proceso político de toma de decisiones libre y abierto. Por ello, los derechos de participación de las minorías deben ser respetados y tutelados, aunque en las resoluciones finales en las que se manifiesta la voluntad del órgano pudiera prevalecer, como sucede a menudo, la opinión mayoritaria⁹⁴⁸.

Estos derechos fundamentales como garantías organizativas del proceso democrático aseguran en los procesos de decisión colectiva la esfera de actuación individual contenida en los derechos de participación, en base a determinados principios fundamentales como el pluralismo, la publicidad y la protección de las minorías⁹⁴⁹. Por ello, las decisiones de los órganos públicos y parlamentarios que restrinjan o limiten el ejercicio de aquellos derechos o atribuciones que integren el estatuto constitucional del representante, no sólo vulneran el derecho a ejercer su cargo, sino que también infringen el derecho de los ciudadanos a participar de los asuntos públicos mediante sus representantes libremente elegidos⁹⁵⁰.

Asimismo, la singularización de la representación política como el bien jurídico protegido por el derecho fundamental, permite dotar de cobertura lógica a la triple dimensión del derecho mediante una interpretación finalista o teleológica⁹⁵¹. En este sentido, la garantía constitucional de la relación de representación, creada por la elección y encaminada a formar democráticamente la voluntad estatal, lleva a amparar el acceso libre e igualitario al cargo,

⁹⁴⁸ MARTÍN NÚÑEZ, Esther: *El régimen constitucional del cargo público representativo* op. cit., pp. 40-41.

⁹⁴⁹ Idem, p. 41.

⁹⁵⁰ STC 38/1999, de 22 de marzo, F.J. 3.

⁹⁵¹ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos ...* op. cit., pp. 189-190.

la permanencia o el mantenimiento sin perturbaciones en el mismo, y la posibilidad real de un ejercicio posterior de sus funciones, con el fin de hacer posible la construcción de esa relación, verdadero objeto del mandato representativo⁹⁵². El contenido mínimo o necesario de aquellas facultades de actuación que tienen los parlamentarios se identifica con la protección del sistema representativo garantizado por la Constitución⁹⁵³.

3.- *Ius in officium*.-

El reconocimiento del *ius in officium* de los parlamentarios tiene como expresión máxima no la mera permanencia en el cargo sino garantizar un haz de derechos y facultades inherentes al cargo, cuyo desempeño y ejercicio efectivo hacen posible la participación ciudadana, la representación política y la oposición al poder. No se trata pues sólo de garantizar la permanencia en el cargo sino que además sea desempeñado material y funcionalmente a través de las herramientas que tiene el parlamentario para actuar en el Parlamento y controlar al Gobierno.

Las distintas manifestaciones del *ius in officium* concretados en verdaderos derechos y facultades forman parte del patrimonio jurídico que tienen los parlamentarios por ser representantes de la soberanía del pueblo⁹⁵⁴, que no pueden ser constreñidos ni ignorados ilegítimamente por actos de los poderes públicos, incluyendo los que emanan del órgano parlamentario en el que se integran los representantes titulares del cargo⁹⁵⁵.

Si bien estos derechos y facultades han tenido una evolución que ha ampliado progresivamente su contenido, a partir de su desarrollo por los reglamentarios parlamentarios y del impulso de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Español⁹⁵⁶; el derecho fundamental reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución Española debe interpretarse más desde la Constitución y de la teoría constitucional que la interpreta, y menos de la aplicación mecánica derivada de los reglamentos parlamentarios, que puede provocar el

⁹⁵² Idem, p. 190.

⁹⁵³ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados* ... op. cit., p. 78.

⁹⁵⁴ SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique: "Derechos y deberes de los parlamentarios" op. cit., p. 99.

⁹⁵⁵ PULIDO QUECEDO, Manuel: "Parlamento y diputado ..." op. cit., p. 69.

⁹⁵⁶ SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique: "Derechos y deberes de los parlamentarios" op. cit., p. 101.

acrecentamiento del conjunto de facultades que se incorporan al estatuto del cargo público representativo⁹⁵⁷.

4.- Estatuto del cargo público representativo.-

Como el Parlamento por sí mismo no posee una voluntad para querer o decidir, precisa de un conjunto de sujetos activos: los parlamentarios, con facultades y potestades concretas. Los parlamentarios ejerciendo estas facultades, a través de procedimientos internos, adoptan acuerdos y decisiones cuya titularidad se imputa al Parlamento. Precisamente, para que las funciones del Parlamento sean satisfechas por sus sujetos, el ordenamiento jurídico contempla un estatuto jurídico especial a su favor para establecer la posición jurídica que tienen y el elenco de posibilidades de actuación que el cargo conlleva⁹⁵⁸.

Frente a una perspectiva reglamentarista que considera estas facultades como una mera emanación de las funciones del órgano parlamentario creadas por los reglamentos parlamentarios⁹⁵⁹, la interpretación creativa de la Constitución llevada a cabo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, ha permitido configurar la noción de cargo público representativo, que garantiza un estatus constitucional entendido como la posición constitucional que posee el titular del cargo representativo para hacer valer los derechos que dicho estatus protege, en su caso ante el Tribunal Constitucional⁹⁶⁰. La jurisprudencia constitucional acerca de estos derechos, como fue pronosticado, ha progresado a golpe de casos respondiendo a los problemas concretos que se han presentado⁹⁶¹.

Por lo general, en sentido subjetivo el concepto de estatuto alude a la posición jurídica peculiar que el ordenamiento reconoce a determinados individuos o grupos de éstos, tales como las referencias constitucionales al estatuto de los funcionarios públicos o de los jueces

⁹⁵⁷ PULIDO QUECEDO, Manuel: "Parlamento y diputado ..." op. cit., p. 97. Para el autor, el alcance positivo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 23.2 no evita que, tras casi treinta años, sean necesarios ajustes y limitaciones: una (i), la necesidad de evitar una interpretación en clave de legalidad ordinaria, supeditando la estimación de los recursos a la sola vulneración de disposiciones reglamentarias; y, dos (ii), la tendencia de judicializar, aunque sea ante el Tribunal Constitucional, cualquier aspecto de la vida parlamentaria.

⁹⁵⁸ CANO BUESO, Juan y MORALES ARROYO, José María: *El Parlamento de Andalucía* ... op. cit., p. 12.

⁹⁵⁹ Idem, pp. 14-25.

⁹⁶⁰ PULIDO QUECEDO, Manuel: "Parlamento y diputado ..." op. cit., p. 67.

⁹⁶¹ TORRES MURO, Ignacio: "Los derechos de los parlamentarios" op. cit., p. 273.

y magistrados de carrera⁹⁶². Si bien no hay una referencia explícita en los mismos términos, la idea del estatuto de los parlamentarios significa la posición jurídica que gozan y el conjunto de derechos, deberes y garantías que el mandato representativo les confiere en cuanto miembros del órgano legislativo. Ello aparece justificado primero (i) como consecuencia de la derivación directa del parlamentario del cuerpo electoral por la elección popular de la surge el mandato representativo, y segundo (ii) como resultado de su pertenencia a un órgano constitucional y la participación del representante en el desenvolvimiento de las funciones constitucionales propias del Parlamento⁹⁶³.

El estatuto jurídico subjetivo parte de la posición o condición jurídica concreta que tiene el parlamentario que, en la calidad de miembro, participa en la vida de una asamblea legislativa. Del estatuto se derivan un conjunto de situaciones jurídicas subjetivas, positivas o negativas. Así, se reconoce a los diputados la posibilidad de ejercer unas potestades, facultades y funciones, relacionadas con las circunstancias de adquisición, suspensión y extinción de su condición, se prescriben unos deberes cuyo incumplimiento apareja ciertas sanciones, y se estatuyen unos medios especiales de protección para que libremente puedan concurrir con su actividad y la de los demás a conformar la voluntad general de la cámara⁹⁶⁴. A estos últimos se denominan garantías parlamentarias que podemos reducir a la inviolabilidad, la inmunidad y el fuero⁹⁶⁵.

4.1.- Estatuto constitucional.-

La posición jurídica del parlamentario está integrada por un haz de situaciones jurídicas activas y pasivas desplegadas de la Constitución y que las disposiciones de los reglamentos desarrollan y conforman⁹⁶⁶. Pero, no todos los derechos y facultades, como tampoco los deberes y obligaciones, previstos por los reglamentos, forman parte del estatuto de los parlamentarios con relevancia constitucional o fundamental, o en pocas palabras, no

⁹⁶² COBREROS MENDAZONA, Edorta y SAIZ ARNAIZ, Alejandro: "La defensa del status ..." op. cit., p. 102.

⁹⁶³ Idem, pp. 102-103.

⁹⁶⁴ CANO BUESO, Juan y MORALES ARROYO, José Ma.: *El Parlamento de Andalucía* ... op. cit., p. 15; y, MARAÑÓN GÓMEZ, Raquel: "El estatuto del diputado ..." op. cit., p. 55.

⁹⁶⁵ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "El estatuto de los parlamentarios", en FIGUEROA LARAUDOGOITIA, Alberto y DA SILVA OCHOA, Juan Carlos (Coords.): *Parlamento y derecho*, Vitoria-Gasteiz, Eusko Legebiltzarra Parlamento Vasco, 1991, p. 62; y, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "El estatuto de los parlamentarios", en *Administración Pública Revista de Administración Pública*, N° 5, Enero-Febrero-Marzo 1991, pp. 11-52.

⁹⁶⁶ Ibidem.

todos ellos son parte del estatuto constitucional de los representantes. Por ello, el propio Tribunal Constitucional determina que no todos los derechos que integran el estatuto de los parlamentarios poseen las mismas características⁹⁶⁷, ni por tanto gozan de la misma protección constitucional.

Dentro del estatuto de los parlamentarios, la relevancia constitucional solo la poseen los derechos y facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de la función *representativa, legislativa y control*, y entre estos derechos nucleares se comprenden el conjunto de facultades que se relacionan directamente, siendo imprescindibles, con el ejercicio de las funciones de los parlamentarios⁹⁶⁸. Sólo una parte de aquéllos derechos y facultades son residenciables del artículo 23.2 de la Constitución Española, y protegibles por el Tribunal Constitucional⁹⁶⁹.

Aquí hay que diferenciar dos conceptos: la noción de estatuto constitucional del cargo representativo no se identifica con lo que puede llamarse como estatuto del diputado o del parlamentario, éste es más amplio que el constitucional. Esto se debe porque primero *(i)*, la configuración de un *status* como consecuencia de la construcción jurisprudencial del cargo representativo *ex* artículo 23.2 de la Constitución confiere a éste una dimensión de derecho fundamental y, por tanto, de derecho subjetivo; segundo *(ii)*, la noción de estatuto del parlamentario va vinculada a un órgano de tal naturaleza; y tercero *(iii)*, la definición de un estatuto del parlamentario como el conjunto de derechos, deberes y prerrogativas engloba aspectos que no son incluibles en el artículo 23.2, como son *verbi gratia*, las prerrogativas o garantías parlamentarias, y los que emanan de los reglamentos parlamentarios⁹⁷⁰.

⁹⁶⁷ SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique: “Derechos y Deberes de los Parlamentarios” op. cit., p. 107.

⁹⁶⁸ Ibidem.

⁹⁶⁹ COBREROS MENDAZONA, Edorta y SAIZ ARNAIZ, Alejandro: “La Defensa del Status ...” op. cit., p. 113.

⁹⁷⁰ PULIDO QUECEDO, Manuel: *El acceso a los cargos y funciones públicas ...* op. cit., p. 304-305. El autor afirma que no plantea la existencia de un concepto de *status* del parlamentario *ex constitutionae*, como hacen Cobreros y Saiz, aludiendo con ello a la posición jurídica peculiar que el ordenamiento reconoce a determinados individuos o grupos, como a los funcionarios públicos (art. 103.3 CE) o a los jueces y magistrados de carrera (art. 122.1 CE), sino que afirma que por *status* constitucional *ex* artículo 23.2 CE entiende la posición fundamental que posee el titular del cargo representativo para hacer valer los derechos que dicho *status* protege ante el Tribunal Constitucional (p. 305).

4.2.- Conformación reglamentaria.-

Por la función legislativa de conformación de todo derecho fundamental, no puede olvidarse que el estatus de los parlamentarios se configura normativamente, y en tal configuración, la propia cámara legislativa tiene amplísimas facultades que ejerce autónomamente cuando aprueba su respectivo reglamento; pero, tampoco puede ignorarse que el límite es la Constitución⁹⁷¹.

Esto significa que por un lado (*i*), el órgano parlamentario goza de un amplio margen de libertad para establecer el *status* de sus miembros, por ello, el *status* parlamentario puede modificarse en más o en menos según que sus derechos de participación aumenten o disminuyan, y según que los deberes sean menores o mayores, toda vez que su contenido viene delimitado por el legislador⁹⁷².

Además de ello, por otra parte (*ii*), tal delimitación de contenido pasa por la voluntad de las propias cámaras y no les puede venir impuesta desde fuera, impidiendo cualquier intromisión del Poder Ejecutivo; y tiene finalmente un último baluarte defensivo consistente en el respeto necesario al contenido esencial del *status*, exigido como garantía de todo derecho fundamental por el artículo 53.1 de la Constitución y que impide que las mayorías parlamentarias puedan desfigurar tal *status* de todos o de alguno de sus miembros pertenecientes a las minorías parlamentarias mediante una regulación discriminatoria⁹⁷³.

5.- Facultades *uti singuli* y *uti socii*.

Si bien se suele decir que las facultades del *ius in officium* que tienen los representantes se ejercen individualmente, *uti singuli*, y por los grupos parlamentarios, *uti socii*, conviene precisarse que la titularidad del derecho corresponde a cada uno de los parlamentarios como personas físicas individuales, sin perjuicio que estos derechos personales o individuales pueda ser ejercido, como en efecto lo es, de manera colectiva a través de los grupos políticos de los que los representantes forman parte, a los que las normas

⁹⁷¹ COBREROS MENDAZONA, Edorta: "El "status" parlamentario como derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2 de la Constitución", en *Estudios sobre la Constitución Española Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, T. III, p. 2179.

⁹⁷² Idem, pp. 2179-2180.

⁹⁷³ Idem, pp. 2180-2181.

reglamentarias atribuyen la realización de ciertas facultades inherentes al contenido del derecho fundamental reconocido a los parlamentarios⁹⁷⁴.

No se pueden confundir y desnaturalizar estas facultades atribuyendo la titularidad de las mismas a los grupos parlamentarios⁹⁷⁵ pues se debe aclarar que el derecho fundamental corresponde a los parlamentarios y consiste en permanecer en el cargo y desempeñar sus facultades tanto de manera individual como conjunta a través de tales formaciones colectivas en las que se integra⁹⁷⁶. De esta manera, sin dejar de perder su naturaleza personal, se completa la concepción individualista de la titularidad de los derechos, entendiendo que se trata de un derecho de participación que se ejerce democráticamente con otros, y se responde a las exigencias derivadas del principio de igualdad del individuo y de los grupos en que se integra. El parlamentario actúa asociado, *uti socii*, con otros para poder desempeñar en un Parlamento moderno las funciones que como cargo público le corresponden⁹⁷⁷.

6.- Sujetos pasivos.

6.1.- Frente a los grupos parlamentarios.-

Frente al predominio de los grupos en los Parlamentos modernos⁹⁷⁸, el reconocimiento constitucional del *ius in officium* de los parlamentarios y las facultades y atribuciones inherentes, se constituye en un instrumento de protección del parlamentario individual frente al grupo en el que se inserta. Los reglamentos parlamentarios no deben regular ni limitar en términos irrazonables el ejercicio de los derechos que integran el *status* del parlamentario para que se hagan a través de los grupos. Se trata de evitar que los grupos hagan abuso de su posición a través del poder de coersión y de medidas disciplinarias sobre los representantes individuales⁹⁷⁹.

⁹⁷⁴ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos* ... op. cit., p. 146.

⁹⁷⁵ PULIDO QUECEDO, Manuel: *El acceso a los cargos y funciones públicas* ... op. cit., pp. 276-281; y FOSSAS ESPADALER, Enric: *El derecho de acceso a los cargos públicos* op. cit., pp. 90-94.

⁹⁷⁶ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos* ... op. cit., p. 265.

⁹⁷⁷ Ibidem.

⁹⁷⁸ Idem, pp. 253-254. Para el autor, el predominio de los grupos parlamentarios facilita la ordenación del trabajo, permite unificar la pluralidad de voluntades individuales para la toma de decisiones colectivas de los grupos, hace viable la transacción política, y cumple una función canalizadora y tamizadora de las propuestas parlamentaris personales.

⁹⁷⁹ PULIDO QUECEDO, Manuel: *El acceso a los cargos y funciones públicas* ... op. cit., p. 321.

No cabe duda que el derecho debe establecer límites razonables para preservar la relación de representación y la libertad del representante frente al predominio de los grupos parlamentarios, que no puede maximizarse hasta llegar a producir la sumisión total del individuo al grupo por tratarse de un representante de la voluntad popular. No puede vaciarse el contenido de la garantía de la libertad del mandato parlamentario reconocida por la Constitución⁹⁸⁰.

6.2.- Frente a los órganos de dirección compuestos por mayorías parlamentarias.-

Si bien tutela la actuación del parlamentario individual frente a la actuación mediatizadora de los grupos, el *ius in officium* también es un instrumento de protección de los parlamentarios y de los grupos otorgándoles un conjunto de facultades y atribuciones para que cumplan la función parlamentaria de control político, y para que las minorías puedan participar real y efectivamente en el procedimiento de adopción de todo tipo de decisiones. Esto se debe porque a pesar que la decisión final recaiga en la mayoría, en dicho procedimiento se debe asegurar el derecho de participación de los grupos minoritarios, de acuerdo a los principios democráticos y el pluralismo político⁹⁸¹.

Los órganos parlamentarios de dirección compuestos por las mayorías parlamentarias pueden adoptar actos o decisiones para impedir que los parlamentarios de las minorías ejerzan el control del Gobierno y de las mayorías. En tal sentido, para garantizar el pluralismo político y la protección de las minorías, a los representantes y a los grupos de oposición se les otorga un conjunto de facultades de actuación que hagan posible que puedan ejercer libremente sus funciones, y que no pueden ser suprimidas por los órganos mayoritarios⁹⁸².

En España, las potestades de calificación y admisión de las Mesas de las cámaras, integradas con representación proporcional de las mayorías, en relación a las iniciativas: peticiones, mociones y proposiciones, de los parlamentarios y grupos minoritarios, han sido limitadas jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional, en principio, a un juicio de admisión de los requisitos formales y procedimentales y a una verificación liminar de su

⁹⁸⁰ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos* ... op. cit., p. 254.

⁹⁸¹ MARTÍN NÚÑEZ, Esther: *El régimen constitucional del cargo público representativo* op. cit., pp. 125-126.

⁹⁸² Idem, pp. 119-120.

conformidad a derecho, excluyendo un control pleno de la constitucionalidad (salvo que sea de manifiesta inconstitucionalidad) o de su oportunidad política confiados al debate y decisión del Pleno.

Ello porque atribuirse a las Mesas un control absoluto de la iniciativas so pretexto de sus potestades reglamentarias, significaba impedir que los parlamentarios ejerzan sus facultades de participación en la función legislativa y promuevan acciones de control ante el Pleno de las cámaras, entorpeciendo el debate parlamentario del control de las minorías opositoras y la toma de decisiones que recojan dichas iniciativas⁹⁸³.

Precisamente, frente al accionar arbitrario de las mayorías que con abuso de estas potestades trasgredan las facultades de los parlamentarios, se ha reconocido por vía jurisprudencial que las facultades de este *status* son parte del contenido de un derecho fundamental, que cuenta con un proceso específico de tutela a través del recurso de amparo previsto por el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁹⁸⁴. La especial trascendencia constitucional de este derecho ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en los amparos parlamentarios por las consecuencias políticas generales que tienen⁹⁸⁵.

De esta manera, la garantía del pluralismo político y la tutela de las minorías en los procedimientos parlamentarios, dejó de estar atribuida como en otros sistemas legales a los mismos órganos parlamentarios o un *speaker* independiente en el interior de la cámara, y ha pasado a ser una competencia especial de los Tribunales Constitucionales⁹⁸⁶.

⁹⁸³ STC 205/1990, de 13 de diciembre, F.J. 6; y, ARCE JANARIZ, Alberto: "El trámite de admisión de los procedimientos parlamentarios en la jurisprudencia constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 46, Enero-Abril 1996, pp. 207-238.

⁹⁸⁴ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados ...* op. cit., p. 81.

⁹⁸⁵ STC 155/2009, de 25 de junio, F.J. 2.

⁹⁸⁶ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados ...* op. cit., p. 80. Para el autor, las vías procesales para ello van desde la impugnación de las decisiones legislativas de las Asambleas por las minorías, incluso por motivos formales, pasando por el control abstracto de los reglamentos parlamentarios por el Tribunal Constitucional mediante la solicitud de las minorías (España o Francia), completándose el sistema con la previsión de un procedimiento específico de tutela de los derechos de los parlamentarios, como ocurre también en Alemania con el conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales y fracciones de órganos (pp. 80-81).

A una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español en los recursos de amparo interpuestos por los parlamentarios frente a las decisiones parlamentarias que afectan las facultades del *ius in officium*, nos dedicamos con mayor profundidad en el apartado 7.2 de este capítulo.

6.3.- Frente al Gobierno.-

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español ha excluido en parte la tutela de las facultades del *ius in officium* de los parlamentarios frente a los actos del Gobierno alegando una teoría de los actos políticos no justiciables, por la que las relaciones políticas entre Parlamento y Gobierno no son susceptibles de control jurisdiccional⁹⁸⁷.

En respuesta a ello, se cuestiona que la eficacia de los derechos fundamentales alcance sólo a los órganos parlamentarios y no operen contra el destinario principal de las acciones de control parlamentario que no es otro que el Gobierno⁹⁸⁸, y se plantea una revisión casuística de los supuestos que si merecen protección jurisdiccional reduciendo la denegatoria por razón de relaciones políticas a su más restringida expresión⁹⁸⁹. Al respecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo al conocer un caso en el que el Gobierno Valenciano se opuso a entregar información solicitada por diputados alegando secreto sumarial, sí examinó y controló dicho acto, determinado que carecía de fundamentos en derecho y que se había violado el derecho de los diputados e incumplido la obligación del Gobierno de proporcionar dicha información⁹⁹⁰.

Al desarrollo del derecho a la información de los parlamentarios en España nos dedicamos en extenso en el apartado 7.2.3 de este capítulo.

A comparación, la jurisprudencia más expansiva del Tribunal Constitucional del Perú admite a plenitud el control jurisdiccional de los actos de todos los poderes públicos,

⁹⁸⁷ STC 220/1991, de 25 de noviembre, F.J. 5.

⁹⁸⁸ CIDONCHA MARTÍN, Antonio: "El control del Gobierno desde la perspectiva del parlamentario individual", en ARAGÓN REYES, Manuel y GÓMEZ MONTORO, Ángel J. (Coords.): *El Gobierno Problemas constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 385; y, GÓMEZ CORONA, Esperanza: "El control parlamentario en la jurisprudencia constitucional", en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 19, Año 2007, p. 390.

⁹⁸⁹ CANO BUESO, Juan: *El "derecho de acceso a la documentación" de los diputados ...* op. cit., pp. 235-236.

⁹⁹⁰ STS 1025/2013, de 25 de febrero, F.Js. 7-8.

incluyendo el control del Gobierno, al afirmar el carácter de norma jurídica suprema que tiene la Constitución y la condición de poderes constituidos de los órganos estatales, lo que descarta zonas exentas de control constitucional pues sostener lo contrario implicaría que habría perdido su condición de norma jurídica y que los poderes constituidos pueden contravenirla⁹⁹¹.

7.- Jurisprudencia: aspectos comunes y singulares.

Si bien los órganos jurisdiccionales internacionales no han desarrollado el derecho fundamental al desempeño de las facultades propias de los cargos y funciones públicas como parte de los derechos políticos, hay algunas sentencias en las que hay un reconocimiento al ejercicio del cargo a propósito de la facultad de formular una pregunta al Ejecutivo⁹⁹² y la libertad de expresión de los parlamentarios de oposición⁹⁹³ frente a sanciones disciplinarias⁹⁹⁴ en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, y de un parlamentario y representantes políticos asesinados⁹⁹⁵ así como de magistrados destituidos⁹⁹⁶ en la de la Corte Interamericana.

De la jurisprudencia del Tribunal Europeo se interpreta una protección genérica al desempeño como miembro del Parlamento⁹⁹⁷, ligada a la tutela del derecho a la permanencia frente a ceses injustificados del cargo de parlamentario⁹⁹⁸. Si esta interpretación se conecta con los casos vinculados a facultades parlamentarias y sanciones disciplinarias antes dichos,

⁹⁹¹ Sentencias de TCP de 7 de noviembre de 2002, Exp. N° 2409-2002-AA/TC, Diodoro Gonzáles Ríos, F.J. 2 b; de 6 de abril de 2004, Exp. N° 2366-2003-AA/TC, Juan Espino Espino, F.J. 5; de 8 de noviembre de 2005, Exp. N° 5854-2005-PA/TC, Pedro Lizana Puelles, F.J. 7; y, de 18 de diciembre de 2007, Exp. N° 4053-2007-PHC/TC, Alfredo Jalilie Awapara, F.J. 14.

⁹⁹² Sentencia de TEDH de 2 de marzo de 1987, asunto Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica, apar. 13.

⁹⁹³ Sentencias de TEDH de 23 de abril de 1992, asunto Castells c. España, apar. 42; y, de 15 de marzo de 2011, asunto Otegi Mondragón c. España, apars. 51 y 54.

⁹⁹⁴ Sentencia de TEDH de 17 de mayo de 2016, asunto Karácsony y otros c. Hungría, apars. 159 y 161-162.

⁹⁹⁵ Sentencias de CIDH de 26 de mayo de 2010, caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, párrs. 175-176; y, de 25 de mayo de 2010, caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, párr. 113.

⁹⁹⁶ Sentencias de CIDH de 5 de Agosto de 2008, caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Vs. Venezuela, párr. 206; y, de 30 de junio de 2009, caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, párrs. 138-139.

⁹⁹⁷ Resolución de Comisión Europea de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 1996, asunto Ganchev c. Bulgaria; y, Sentencia de TEDH de 11 de junio de 2002, asunto Selim Sadak y otros c. Turquía, apar. 40.

⁹⁹⁸ Resolución de TEDH de 18 de mayo de 2000, asunto Gaulieder c. Eslovaquia, apars. 15-18.

se puede proyectar ciertos lineamientos germinales de una jurisprudencia más protectora hacía el ejercicio del cargo, más que el mero acceso y permanencia.

En el caso español, el desarrollo jurisprudencial de este derecho fundamental realizado por el Tribunal Constitucional ha construido casuísticamente un conjunto profuso de facultades específicas inherentes al cargo público representativo relacionadas a las funciones nucleares del Parlamento: representativa, legislativa y de control político, para que no pierda eficacia dicho derecho frente a los abusos de los órganos parlamentarios, que por su especial singularidad y frondosidad no tiene comparación mundial en los sistemas nacionales e internacionales, y son detalladas en el apartado 5.9.2 de este trabajo. En relación al ejercicio pleno, la jurisprudencia peruana si lo reconoce como parte del contenido constitucional del derecho a la función pública a favor de servidores y funcionarios públicos, no provenientes de elección popular, recurriendo al carácter de mandatos de optimización que tienen para contribuir al mayor grado de realización del bien que protegen⁹⁹⁹, pero sin profundizar en facultades específicas como en España para los parlamentarios.

7.1- Tribunal Europeo de Derechos Humanos.-

Si bien es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos alcanza a tutelar los derechos de acceso y permanencia de los titulares de los cargos de elección popular y no las facultades propias del ejercicio y desempeño del cargo, siendo calificada la protección internacional-europea de mínimos y menos amplia que la constitucional-nacional¹⁰⁰⁰; las sentencias emitidas por el Tribunal Europeo interpretan los derechos reconocidos por las disposiciones del Convenio Europeo en el sentido que se hagan más reales y efectivos y no ilusorios ni ineficaces y que se concilien con el espíritu que tiene el Convenio de promover y defender los valores de una sociedad democrática. Y en algunos casos se ha pronunciado por reconocer implícitamente la cobertura internacional-europea a

⁹⁹⁹ Sentencias de TCP de 25 de abril de 2006, Exp. N° 0025-2005-PI/TC y N° 0026-2005-PI/TC, Colegio de Abogados de Arequipa y otro (PROFA), F.J. 43; y, de 16 de abril de 2015, Exp. N° 05057-2013-PA/TC, Rosalía Huatuco Huatuco, F.J. 8 e).

¹⁰⁰⁰ GARCÍA ROCA, F. Javier y DALLA VÍA, Alberto R.: “Los derechos políticos y electorales ...” op. cit., p. 260. los autores subrayan que la solución española que protege las facultades del *ius in officium* de los parlamentarios que permiten ejercer el cargo, a través de un derecho fundamental relativo al estatuto de los parlamentarios, no sólo es de máximos sino que tiende a no ser general en el derecho comparado ni en Europa.

ciertas facultades inherentes al ejercicio y desempeño del cargo asociado a la permanencia¹⁰⁰¹, como la facultad de formular una pregunta al Ejecutivo y la libertad de expresión de los parlamentarios de oposición, y frente a las potestades disciplinarias del Parlamento cuando adopten sanciones a los parlamentarios sin haberles otorgado garantías procesales adecuadas, más que el mero acceso y permanencia en el mismo.

A.- Principios interpretativos.-

En general, el Tribunal Europeo adopta el principio de efectividad o de efecto útil para interpretar las disposiciones del Convenio Europeo, de manera tal que los derechos y libertades allí declarados se hagan efectivos y concretos. La teoría europea comparte una interpretación material y antiformalista de los derechos, no literal ni ritual, porque los derechos y garantías convencionales tienen una textura abierta a través del cual los supuestos de hechos se introducen en las normas reguladoras especificándolas y dándoles contenido real y práctico¹⁰⁰².

En el asunto **Soering c. Reino Unido**, el Tribunal señaló que el Convenio debe interpretarse en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de los seres humanos exigen que se comprendan y apliquen sus disposiciones de una manera concreta y efectiva¹⁰⁰³.

En este sentido, en el asunto **McCann c. Reino Unido**, explicó como enfoque general en relación a una disposición que el Tribunal debe dirigir su interpretación hacia el hecho de que el objeto y fin del Convenio, como instrumento de protección, llaman a comprender y aplicar sus disposiciones de manera que sus exigencias sean concretas y efectivas¹⁰⁰⁴.

Igualmente, en el asunto **Mattheus c. Reino Unido**, expresó que para determinar en que medida corresponde al Estado reconocer los derechos consagrados por el artículo 3 del

¹⁰⁰¹ GARCÍA ROCA, Javier: "Del compromiso internacional de los Estados ..." op. cit., p. 736.

¹⁰⁰² GARCÍA ROCA, Javier: "El preámbulo contexto hermenéutico del convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo", en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (Coords.): *La Europa de los derechos El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 33.

¹⁰⁰³ Sentencia de TEDH de 7 de julio de 1989, asunto Soering c. Reino Unido, apar. 87.

¹⁰⁰⁴ Sentencia de TEDH de 27 de septiembre de 1995, asunto McCann c. Reino Unido, apar. 146.

Protocolo N° 1 en relación con las elecciones al Parlamento Europeo en Gibraltar, el Tribunal considera que el Convenio no garantiza derechos teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos¹⁰⁰⁵.

Así también, para el Tribunal, toda interpretación de los derechos y libertades debe conciliarse con el espíritu general del Convenio, destinado a defender y promover los ideales y valores de una sociedad democrática¹⁰⁰⁶. Al respecto, en el asunto **Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía**, declaró que la democracia representa, sin ninguna duda, un elemento fundamental del orden público europeo, lo que se deduce del Preámbulo del Convenio, que declara el vínculo existente entre el Convenio y la democracia en la medida que el desarrollo de las libertades fundamentales reposa en un régimen político verdaderamente democrático y en una concepción de respeto de los derechos humanos, y que forman parte del patrimonio común que tienen los Estados europeos de ideales y tradiciones políticas, de protección de la libertad y de preeminencia del derecho¹⁰⁰⁷.

Por ello, en el asunto **Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica**, el Tribunal recordó que el mantenimiento de las libertades se apoya en un régimen político democrático, afirmando además que el artículo 3 del Protocolo N° 1 al confirmar un principio característico de dicho régimen, tiene una gran importancia en el sistema de todo el Convenio¹⁰⁰⁸.

En el asunto **Hirst c. Reino Unido**, el Tribunal, destacando la importancia de los principios democráticos para la interpretación y aplicación del Convenio, subrayó que los derechos garantizados por el artículo 3 del Protocolo N° 1 son cruciales para el establecimiento y la conservación de los fundamentos de una auténtica democracia regida por el Estado de Derecho¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁵ Sentencia de TEDH de 18 de febrero de 1999, asunto Matthews c. Reino Unido, apar. 34.

¹⁰⁰⁶ Sentencia de TEDH de 7 de julio de 1989, asunto Soering c. Reino Unido, apar. 87; y, GARCÍA ROCA, Javier: "El preámbulo contexto hermenéutico del convenio ..." op. cit., p. 36.

¹⁰⁰⁷ Sentencia de TEDH de 13 de enero de 1998, asunto Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía, apar. 45.

¹⁰⁰⁸ Sentencia de TEDH de 2 de marzo de 1987, asunto Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica, apar. 47.

¹⁰⁰⁹ Sentencia de TEDH de 6 de octubre de 2005, asunto Hirst c. Reino Unido, apar. 58.

B.- Derecho al ejercicio frente a cese indebido por renuncia.-

En el asunto **Gaulieder c. Eslovaquia**, el demandante fue sido elegido miembro del Consejo Nacional Eslovaco por el período de cuatro años, pero para ser incluido en la lista de candidatos, firmó un contrato con un partido y una carta de renuncia sin fecha. Posteriormente, al haberse retirado del grupo parlamentario de dicho partido, manifestó su deseo de continuar en el cargo y no renunciar. Sin embargo, después, el consejo recibió la carta de renuncia y aprobó una resolución dando por terminado el ejercicio del cargo, a pesar que en el debate parlamentario el propio demandante negó su intención de renunciar¹⁰¹⁰.

Luego que el demandante recurrió y la Comisión admitió la demanda presentada, el propio Tribunal Constitucional Eslovaco estimó que se habían violado los derechos del parlamentario. Tras unas elecciones a las que no concurrió el demandante, la nueva cámara reconoció que no se había reparado la violación del derecho, y se celebró un arreglo amistoso entre las partes, fijándose una indemnización a favor del demandante¹⁰¹¹.

Además, en el acuerdo de solución amistosa, el Gobierno se comprometió a que el demandante sea recibido por el Primer Ministro, y expresar mediante un comunicado de prensa sus disculpas por lo ocurrido y la imposibilidad de reparar la violación a su derecho conforme a los principios del Estado de Derecho. En mérito a este acuerdo, el Tribunal tomó nota del mismo y se mostró convencido que se basó en el respeto de los derechos previstos por el Convenio y sus Protocolos, disponiendo la cancelación de la demanda¹⁰¹².

La importancia de este precedente está en que podía concluirse tácitamente que el Artículo 3° del Protocolo N° 1 protege no sólo el derecho de sufragio pasivo y el acceso al cargo, sino también la posterior permanencia y mantenimiento en el mismo sin interferencias legítimas, ofreciendo una defensa frente a los ceses indebidos¹⁰¹³.

¹⁰¹⁰ Resolución de TEDH de 18 de mayo de 2000, asunto Gaulieder c. Eslovaquia, apars. 6-9.

¹⁰¹¹ GARCÍA ROCA, Javier: "Del compromiso internacional de los Estados ..." op. cit., p. 736.

¹⁰¹² Resolución de TEDH de 18 de mayo de 2000, asunto Gaulieder c. Eslovaquia, apars. 15-18.

¹⁰¹³ GARCÍA ROCA, Javier: "Del compromiso internacional de los Estados ..." op. cit., pp. 736-737.

C.- Derecho al ejercicio frente a cese por incumplimiento de requisitos de sufragio pasivo.-

En el asunto **Ganchev c. Bulgaria**, el demandante era un ciudadano búlgaro de nacimiento que se convirtió en ciudadano de Estados Unidos de América por naturalización, y fue elegido miembro del Parlamento en la lista de un partido por la circunscripción de Varna, juramentando en el cargo de parlamentario. Pero, posteriormente, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia poniendo fin a su mandato parlamentario por considerar que cuando se inscribió como candidato y al momento de la elección no había cumplido con el requisito de ser ciudadano búlgaro sin tener otra ciudadanía para ser elegible, previsto por el artículo 65, párrafo 1, de la Constitución de Bulgaria¹⁰¹⁴.

La Comisión Europea de Derechos Humanos estableció en que el artículo 3 del Protocolo N° 1 al Convenio garantiza el derecho a presentarse a las elecciones y, una vez elegido, a desempeñarse como miembro del Parlamento, pero además subrayó que este derecho no era absoluto y no impedía a los Estados que los sometan a condiciones en sus ordenamientos jurídicos internos, teniendo un amplio margen de apreciación al respecto. No obstante, a los órganos del Convenio les corresponde determinar en última instancia si los requisitos del Convenio se han cumplido y asegurarse que los derechos no sean restringidos en una forma que menoscaben su esencia y priven de eficacia, que busquen un objetivo legítimo y que los medios empleados no sean desproporcionados¹⁰¹⁵.

La Comisión encontró manifiestamente infundada la solicitud del demandante y la rechazó porque no consideró que el Tribunal Constitucional de Bulgaria hubiese decidido arbitrariamente o que actuó de una manera incompatible con la esencia del derecho del solicitante a ser elegido y a desempeñarse como miembro del Parlamento, como está protegido por el artículo 3 del Protocolo N° 1 al Convenio¹⁰¹⁶.

¹⁰¹⁴ Resolución de Comisión Europea de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 1996, asunto Ganchev c. Bulgaria.

¹⁰¹⁵ Ibidem.

¹⁰¹⁶ Ibidem.

D.- Derecho al ejercicio frente a sanción de extinción de mandato accesoria a disolución de partido político.-

Con ocasión del asunto **Selim Sadak y otros c. Turquía** antes citado, los demandantes también reclamaron que la supresión de sus mandatos de parlamentarios por la disolución de su partido dispuesta por el Tribunal Constitucional, produjo el efecto de impedir que una parte de la población pueda participar en el debate político e infringir por tanto el artículo 3º del Protocolo N° 1¹⁰¹⁷.

Al respecto, el Tribunal Europeo señaló que los derechos al voto y a presentarse como candidato a las elecciones son importantes pero no absolutos, gozando los Estados de un amplio margen de apreciación para establecer limitaciones y requisitos. No obstante, corresponde al Tribunal resolver en última instancia sobre el cumplimiento de las exigencias del Protocolo N° 1, y debe asegurarse de que dichos requisitos no limiten los derechos hasta el punto de vulnerarlos en su sustancia y de privarlos de su eficacia, de que persiguen un fin legítimo y que los medios empleados no son desproporcionados”¹⁰¹⁸.

El Tribunal consideró que la sanción de extinción del mandato a los parlamentarios, dispuesta accesoriamente por mera disolución de su partido, sin haber juzgado sus actividades personales, era incompatible con la sustancia misma del derecho a ser elegidos y a ejercer su mandato, reconocido a los demandantes por el artículo 3 del Protocolo N° 1 y que vulneró el poder soberano del electorado que los eligió diputados¹⁰¹⁹.

De esta manera, el Tribunal apreció que el artículo 3 del Protocolo N° 1 garantiza el derecho del individuo a presentarse a las elecciones, y, una vez elegido, a desempeñarse como miembro del Parlamento¹⁰²⁰.

E.- Derecho a formular una pregunta a funcionario del ejecutivo.-

En el asunto **Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica**, uno de los demandantes el señor Clerfayt, residente del municipio de Rhode-Saint-Genèse, ocupaba un escaño en la Cámara

¹⁰¹⁷ Sentencia de TEDH de 11 de junio de 2002, asunto Selim Sadak y otros c. Turquía, apars. 11 y 30.

¹⁰¹⁸ Idem, apar. 31.

¹⁰¹⁹ Idem, apar. 40.

¹⁰²⁰ Idem, apar. 33.

de Representantes, y por haber jurado el cargo en lengua francesa era parte del Consejo de la Comunidad Francesa y no del Consejo Flamenco. Como parte del ejercicio del cargo, el señor Clerfayt pidió al Presidente de la Cámara de Representantes que se le permitiera formular una pregunta al miembro del Poder Ejecutivo Flamenco competente en ordenación territorial, sobre estas materias en Rhode-Saint-Genèse y otros municipios de la circunscripción electoral de Bruselas. Su solicitud fue denegada por considerarse inadmisibile¹⁰²¹.

En este caso, el Tribunal pasó a conocer del fondo del asunto que no se reduce al mero acceso y permanencia en el cargo sino que va más allá pues se trata de la facultad de formular una pregunta a un funcionario del Gobierno, que es una de las atribuciones que tienen los parlamentarios en el ejercicio y desempeño efectivo del cargo.

Si bien el Tribunal declaró que no se violó el artículo 3 del Protocolo N° 1, expuso como fundamentos de derecho que reconoce a los Estados un amplio margen de apreciación, teniendo en cuenta que la legislación en esta materia varía según las circunstancias de tiempo y lugar, no habiendo ninguna obligación de adoptar un determinado sistema electoral, y que las preferencias lingüísticas desempeñan un papel muy importante en la elección de los ciudadanos en Bélgica y en municipios sensibles ubicados en los alrededores de Bruselas¹⁰²².

En este sentido, el Tribunal consideró que los electores francófonos del distrito de Halle-Vilvoorde disfrutan de los derechos de voto y de ser elegibles en las mismas condiciones legales que los electores que hablan neerlandés, y no pierden estos derechos por el mero hecho de que los candidatos formen parte del grupo de lengua francesa de la cámara o del Senado y sean miembros del Consejo de la Comunidad Francesa, o bien pertenezcan al grupo lingüístico neerlandés de la cámara o del Senado y al Consejo Flamenco. No apreció aquí ninguna limitación desproporcionada que se oponga a la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del Cuerpo Legislativo¹⁰²³.

Ciertamente que las razones para desestimar el reclamo son atendibles, pero en realidad éstas no se refieren al derecho de acceso al cargo, ni siquiera a la permanencia, pues se trata de una facultades de desempeño y ejercicio del cargo, que en el asunto concreto no

¹⁰²¹ Sentencia de TEDH de 2 de marzo de 1987, asunto Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica, apar. 13.

¹⁰²² Idem, apars. 54 y 56.

¹⁰²³ Idem, apar. 57.

proceden por parte de un parlamentario del Consejo de la Comunidad Francesa por haber jurado el cargo en francés, ante un funcionario del Ejecutivo Flamenco.

F.- Libertad de expresión de parlamentarios de oposición.-

En el asunto **Castells c. España**, el senador español Miguel Castells, elegido en la lista de *Herri Batasuna* que propugnaba la independencia del País Vasco, publicó un artículo titulado “Insultante impunidad” en un semanario periodístico. Se le levantó la inmunidad parlamentaria, y fue sometido a proceso penal y condenado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo a la pena de prisión de un año y un día por el delito de injurias al Gobierno, y de suspensión del ejercicio de función pública durante dicho período. El recurrente interpuso recurso de amparo alegando la violación de su libertad de expresión y otros derechos fundamentales, pero fue desestimado finalmente por el Tribunal Constitucional¹⁰²⁴.

El demandante alegó ante el Tribunal Europeo que los procesos penales y la condena por injurias al Gobierno supusieron un atentado a su libertad de expresión reconocido por el artículo 10 del Convenio Europeo, en especial porque no se le dejó demostrar la veracidad de las afirmaciones de su artículo¹⁰²⁵. Para el Gobierno, sus expresiones constituían juicios de valor que no se prestaban a una excepción de verdad, siendo improcedente¹⁰²⁶.

En el marco general que reconoce la libertad de expresión como fundamento esencial de toda sociedad democrática y una condición primordial para su progreso, el Tribunal Europeo señala que esta libertad es aplicable no solamente a las informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que resultan opuestas, lastiman o inquietan, como lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de aventura, sin los cuales no existe sociedad democrática¹⁰²⁷.

¹⁰²⁴ Sentencia de TEDH de 23 de abril de 1992, asunto Castells c. España, apars. 6-13 y 15-17.

¹⁰²⁵ Idem, apar. 33.

¹⁰²⁶ Idem, apar. 48.

¹⁰²⁷ Idem, apar. 42; Sentencia de TEDH de 27 de abril de 1995, asunto Piermont c. Francia, apar. 76; y, GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar: “Participación política: la aproximación del TEDH”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel y VIANA GARCÉS, Andrée (Eds.): *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos Derecho a la vida libertad personal libertad de expresión participación política*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 305-306.

Además, para el Tribunal, la libertad de expresión, preciosa para cualquier persona, lo es muy particularmente para un elegido por el pueblo, que representa a sus electores, expone sus preocupaciones y defiende sus intereses, por lo que en el caso de ingerencias en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, el Tribunal debe aplicar un control más estricto¹⁰²⁸.

Si bien apreció que las manifestaciones enjuiciadas de la víctima del señor Castells no se produjeron en el Senado, en cuyo seno no se habría dado riesgo de sanciones, sino en un periódico, por ello no perdía el derecho a criticar al Gobierno, porque la libertad de prensa otorga en especial a los hombres políticos la ocasión de reflejar y comentar las preocupaciones de la opinión pública, y permite participar en el libre juego del debate político, esencial para toda sociedad democrática¹⁰²⁹.

Al analizar la necesidad de la injerencia sobre la libertad de expresión, el Tribunal Europeo considerando el artículo en su conjunto, expresó que recogió una larga lista de asesinatos y atentados perpetrados en el País Vasco, subrayando que habían quedado impunes, puso en tela de juicio a determinadas organizaciones extremistas, nominativamente designadas, y finalizó atribuyendo al Gobierno la responsabilidad de la situación. Por ello, la probanza resultaba claramente admisible para las afirmaciones hechas como un medio que hubiese permitido al reclamante demostrar su buena fe, por lo que el Tribunal concedió un peso decisivo a la circunstancia de que fue declarada inadmisibile al enjuiciarse el delito¹⁰³⁰.

Finalmente, el Tribunal concluyó que se había producido una injerencia innecesaria en el ejercicio de la libertad de expresión para una sociedad democrática¹⁰³¹ y que si hubo violación del artículo 10 del Convenio Europeo.

Y en el asunto **Otegi Mondragón c. España**, el demandante recurrió al Tribunal Europeo por considerar que la condena impuesta por el Tribunal Supremo a la pena de un año de prisión y de suspensión del sufragio pasivo por el mismo tiempo, como autor

¹⁰²⁸ Sentencia de TEDH de 23 de abril de 1992, asunto Castells c. España, apar. 42; y, de 27 de abril de 1995, asunto Piermont c. Francia, apar. 76.

¹⁰²⁹ Idem, apar. 43.

¹⁰³⁰ Idem, apar. 48.

¹⁰³¹ Idem, apar. 48.

responsable del delito de injurias graves al Rey, constituía un ataque injustificado a su derecho a la libertad de expresión previsto por el artículo 10 del Convenio Europeo. Durante una rueda de prensa, como portavoz del grupo parlamentario de la izquierda independentista vasca *Sozialista Abertzaleak* del Parlamento Vasco, manifestó que era una vergüenza política que el Presidente del Gobierno Vasco inaugurase un proyecto con el Rey Juan Carlos por tratarse del Rey Español y el jefe supremo del Ejército Español y de los que habían torturado a las personas detenidas en el marco de una operación policial contra el Diario *Egunkaria*¹⁰³².

Para el Tribunal, las declaraciones del demandante fueron expresadas en su calidad de cargo electo y portavoz de un grupo parlamentario, y eran parte de un debate político sobre cuestiones de interés público¹⁰³³. En este contexto, si bien la fijación de las penas es en principio de competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio en circunstancias excepcionales, en especial cuando se hayan afectado otros derechos fundamentales como la difusión de un discurso de odio o incitación a la violencia¹⁰³⁴.

Al examinar las afirmaciones del demandante en sí mismas, el Tribunal admitió que si bien las expresiones del demandante pudieron ser consideradas como provocativas, todo individuo que participa en un debate público de interés general, le está permitido recurrir a una determinada dosis de exageración o incluso de provocación, pudiendo ser un tanto inmoderado en sus observaciones. Además, si algunos términos del discurso del demandante describen un cuadro muy negativo del Rey como institución, lo que el Tribunal tuvo en cuenta fue que no incitaba a la violencia ni se trató de un discurso de odio¹⁰³⁵.

Por lo expuesto, el Tribunal concluyó que las razones alegadas por los órganos judiciales internos no bastaron para demostrar que la injerencia reclamada fuera necesaria en una sociedad democrática, y a pesar del margen de apreciación de las autoridades nacionales

¹⁰³² Sentencia de TEDH de 15 de marzo de 2011, asunto *Otegi Mondragón c. España*, apar. 10.

¹⁰³³ Idem, apar. 51.

¹⁰³⁴ Idem, apar. 59.

¹⁰³⁵ Idem, apar. 54.

la condena impuesta resultaba desproporcionada al objetivo perseguido, produciéndose una violación del artículo 10 del Convenio¹⁰³⁶.

En relación a la libertad de expresión, el Tribunal Europeo ha protegido a los representantes elegidos por el pueblo, reconociendo la garantía de la inviolabilidad parlamentaria que tienen, como excepción al derecho a la tutela judicial efectiva, por las declaraciones efectuadas en el curso de los debates parlamentarios en la cámara, a pesar de haber sido desafortunadas, graves e innecesarias en relación a particulares, pero no a las realizadas fuera del Parlamento¹⁰³⁷.

G.- Sanciones disciplinarias y libertad de expresión de parlamentarios de oposición.-

Por último, en el asunto **Karácsony y otros c. Hungría**, los solicitantes eran miembros del Parlamento y de los partidos de oposición Diálogo para Hungría y La Política Puede Ser Diferente, que reclamaron las multas impuestas por el Pleno por las actuaciones que tuvieron en la comparecencia del Secretario de Estado de Economía y los debates y votaciones en el seno del Parlamento, por considerar que se había violado su libertad de expresión reconocida por el artículo 10 del Convenio. Además, alegaron que no contaron con un remedio para impugnar tales decisiones conforme al artículo 13¹⁰³⁸.

Durante varias sesiones plenarias del Parlamento, los parlamentarios mostraron pancartas y carteles, desplegaron una bandera, y utilizaron un megáfono para denunciar los actos de corrupción del gobierno. Por ello, días después, el *speaker* presentó las propuestas para imponer multas contra ellos por haber perturbado gravemente el orden parlamentario, sin más razones, y éstas fueron aprobadas por el Pleno, sin debate¹⁰³⁹.

El Tribunal parte por reconocer que hay un interés público predominante en asegurar el funcionamiento eficaz del Parlamento en una sociedad democrática, y tiene, por tanto,

¹⁰³⁶ Idem, apars. 61-62.

¹⁰³⁷ Sentencia de TEDH de 17 de diciembre de 2002, asunto A. c. Reino Unido, apars. 84 y 88; y, CIAURRO, Luigi: "Las relaciones entre Poder Legislativo y autoridad judicial en Italia", en *Instituciones de Derecho Parlamentario, VI, Relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial*, Vitoria-Gasteiz, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, 2007, pp. 263-269.

¹⁰³⁸ Sentencia de TEDH de 17 de mayo de 2016, asunto Karácsony y otros c. Hungría, apars. 3 y 10-23.

¹⁰³⁹ Idem, apars. 12-17 y 20-23.

autonomía y un margen de apreciación amplio para hacer cumplir las normas disciplinarias que tengan por objeto garantizar el desarrollo normal de los trabajos parlamentarios¹⁰⁴⁰. El ejercicio de la libertad de expresión en el Parlamento puede tener que ceder en ocasiones al interés legítimo de proteger el orden de los trabajos parlamentarios así como los derechos de los otros miembros del Parlamento, dado que ordenar el debate en el Parlamento sirve en última instancia al proceso político y legislativo, a los intereses de todos los miembros para que participen en igualdad de condiciones en los procedimientos parlamentarios, y finalmente a los intereses de la sociedad en su conjunto¹⁰⁴¹.

No obstante esta perspectiva, el Tribunal añade que los derechos de la minoría parlamentaria también deben ser parte de la ecuación, porque el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura son características de una sociedad democrática y la democracia no significa que la opinión de la mayoría deba siempre prevalecer sino que debe alcanzarse un equilibrio para evitar el abuso de su posición dominante y otorgar un tratamiento justo y adecuado a las minorías¹⁰⁴². La autonomía parlamentaria no debe ser objeto de abuso con el fin de suprimir la libertad de expresión de los parlamentarios, que se encuentra en el centro del debate político en una democracia, debiendo otorgarse protección a las minorías parlamentarias frente al abuso por parte de la mayoría¹⁰⁴³.

Para este efecto, el ejercicio del poder del Parlamento para sancionar la conducta desordenada de un parlamentario tiene que sujetarse al principio de proporcionalidad inherente al artículo 10, que incluye un aspecto de procedimiento¹⁰⁴⁴. El Tribunal distingue entre las sanciones disciplinarias inmediatas en los casos de perturbación grave del orden parlamentario, y las sanciones impuestas *a posteriori* de la ocurrencia de los hechos, en relación al tipo de procedimiento sancionatorio y las garantías procesales que deben estar disponibles en cada situación¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴⁰ Idem, apars. 142 y 146.

¹⁰⁴¹ Idem, apar. 141.

¹⁰⁴² Idem, apars. 141 y 147.

¹⁰⁴³ Idem, apar. 147.

¹⁰⁴⁴ Idem, apar. 152.

¹⁰⁴⁵ Idem, apars. 155-156.

En este caso, se impuso una sanción *a posteriori*, dado el lapso de tiempo transcurrido entre la conducta en cuestión y la imposición de la sanción, para la cual el procedimiento llevado a cabo debió garantizar al parlamentario el derecho a ser oído antes de adoptarse la decisión, la decisión de imponer la sanción debió indicar las razones básicas que la justifiquen, y se debió conceder un medio efectivo para impugnarla¹⁰⁴⁶.

Al no haberse respetado tales garantías procesales en perjuicio de los parlamentarios porque el procedimiento aplicado consistió en una propuesta escrita de multas del *speaker* y su posterior aprobación por el Pleno sin debate, el Tribunal concluyó que la interferencia cuestionada en relación al derecho de los solicitantes a la libertad de expresión, no fue proporcionada a los objetivos legítimos perseguidos porque no fue acompañada de garantías procesales adecuadas¹⁰⁴⁷, ni era necesaria en una sociedad democrática; por lo cual se produjo una violación del artículo 10 del Convenio¹⁰⁴⁸.

7.2.- Tribunal Constitucional de España.-

El contenido de las facultades y derechos que los parlamentarios tienen cuando desempeñan y ejercen efectivamente sus cargos y funciones, se dejó, en un inicio, al desarrollo de los reglamentarios parlamentarios. Para el Tribunal Constitucional de España, el derecho fundamental del artículo 23.2 es un derecho de configuración legal, como inequívocamente se dice en el texto de este precepto, y esa configuración comprende los reglamentos a los que compete regular y ordenar los derechos y atribuciones que los parlamentarios ostentan. Una vez conferidos dichos derechos por la norma reglamentaria pasan a formar parte del *status* propio del cargo de parlamentario, y sus pretendidas transgresiones pueden ser defendidas ante el Tribunal, al amparo del artículo. 23.2, y en cuanto contenido del *ius in officium* ilegítimamente constreñido¹⁰⁴⁹.

Esta perspectiva ciertamente demasiado legalista y reglamentarista fue modulada por el Tribunal cuando destacó que ésto no supone constitucionalizar todos los derechos y facultades que constituyen el estatuto del parlamentario, sino tan sólo aquellos que

¹⁰⁴⁶ Idem, apars. 156-159.

¹⁰⁴⁷ Idem, apars. 159 y 161.

¹⁰⁴⁸ Idem, apar. 162.

¹⁰⁴⁹ STC 205/1990, de 13 de diciembre, F.J. 5.

pudiéramos considerar pertenecientes al núcleo esencial de la función representativa parlamentaria, como son la función legislativa y de control de la acción del Gobierno¹⁰⁵⁰.

De esta manera, no cualquier acto del órgano parlamentario que infrinja la legalidad del *ius in officium* resulta lesivo del derecho fundamental, sino que sólo poseen relevancia constitucional a estos efectos los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria, como son el ejercicio de la función legislativa y de control de la acción del Gobierno, siendo vulnerado el artículo 23 si los propios órganos de las asambleas impiden o coartan su práctica o adoptan decisiones que contraríen la naturaleza de la representación o la igualdad entre representantes¹⁰⁵¹.

Si bien no basta la mera mención a dicho núcleo y a tales funciones por ser poco clarificadora¹⁰⁵², siendo indispensables las explicaciones que lo justifiquen, para fundar el contenido constitucional de las facultades y derechos de los parlamentarios, el Tribunal supera el ámbito de la legalidad o reglamentariedad para desplegar estas facultades y derechos desde el cuadro material de principios y valores que la propia Constitución consagra como fundamentales para asegurar la convivencia social en la forma política del Estado democrático de Derecho, sin dejar de reconocer la amplia libertad reglamentaria que tienen las cámaras para regularlas, limitada por el contenido esencial protegido constitucionalmente.

A partir de ello, gracias a la evolución jurisprudencial, los derechos y facultades específicas de los parlamentarios, pertenecientes al contenido constitucional del artículo 23.2 de la Constitución Española, giran alrededor del núcleo de las funciones de los parlamentarios: uno (*i*), la función representativa¹⁰⁵³, dos (*ii*), la función legislativa¹⁰⁵⁴, y tres (*iii*), la función de control¹⁰⁵⁵. Así, cada uno de estos derechos y facultades aparecen más

¹⁰⁵⁰ STC 220/1991, de 25 de noviembre, F.J. 5.

¹⁰⁵¹ STC 38/1999, de 22 de marzo, F.J. 2.

¹⁰⁵² SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique: "Derechos y deberes de los parlamentarios" op. cit., p. 107.

¹⁰⁵³ Idem, pp. 107 y 118-121.

¹⁰⁵⁴ FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, Manuel: *Teoría y jurisprudencia parlamentaria* ... op. cit., pp. 110-116; PULIDO QUECEDO, Manuel: "Parlamento y diputado ..." op. cit., pp. 76-78; VÍBORAS JIMÉNEZ, José Antonio: "La función legislativa en la jurisprudencia constitucional" op. cit., pp. 497-500; y, CID VILLAGRASA, Blanca (Dir.) y RECODER VALLINA, Tatiana (Coord.): *El Parlamento ante los tribunales* ... op. cit., pp. 537-546 y 557-561.

¹⁰⁵⁵ Idem, pp. 126-150; PULIDO QUECEDO, Manuel: "Parlamento y diputado ..." op. cit., pp. 78-94; DE LA PEÑA RODRÍGUEZ, Luis: "La función de control en la jurisprudencia constitucional" op. cit., pp. 520-552; y, CID VILLAGRASA, Blanca (Dir.) y RECODER VALLINA, Tatiana (Coord.): *El Parlamento ante los tribunales* op. cit., pp. 594-613.

vinculados ya sea a la función representativa, a la legislativa o a la de control, siendo posible organizar una clasificación sistemática, sin que ello signifique que cada función o derecho sean compartimentos estancos desvinculados de los demás, pues por el contrario suelen estar relacionadas y compartir sus cualidades para la mejor realización de los principios de participación ciudadana, representación política y protección de la oposición en el ámbito parlamentario.

A.- En la función representativa.-

Al parlamentario le corresponde representar al pueblo cuando ejerce las funciones legislativas y de control político para formar y concretar la voluntad general, no recayendo la función representativa sobre el órgano parlamentario ni sobre los partidos políticos o grupos parlamentarios. No obstante que la Constitución y los Estatutos de Autonomía establecen que el Parlamento representa al pueblo, lo cierto es que como lo ha interpretado tempranamente el Tribunal Constitucional, la función representativa es un elemento central del estatuto personal de los parlamentarios¹⁰⁵⁶.

Así, cuando se enfrenta por primera vez a la destitución de un representante en aplicación del derogado artículo 11.7 de la Ley 39/1978, de Elecciones Locales, el Tribunal establece que son los representantes quienes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar, no una organización como el partido político, y que la permanencia de los representantes depende de la voluntad de los electores que la expresan a través de elecciones periódicas, como es propio de un Estado democrático de Derecho¹⁰⁵⁷.

Al voto.-

Para que el Parlamento cumpla sus funciones y adopte acuerdos y decisiones, el principal sujeto parlamentario el representante debe expresar sus decisiones a través del ejercicio de su derecho de voto. En tal sentido, la potestad del parlamentario individual para decidir a través del voto forma parte decisiva del núcleo irreductible de la tarea

¹⁰⁵⁶ CANO BUESO, Juan: “Las funciones de los diputados”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y diputado XVII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2011, p. 149.

¹⁰⁵⁷ STC 5/1983, de 4 de febrero, F.J. 4 a); y, CANO BUESO, Juan: “Las funciones de los diputados” op. cit., p. 149.

parlamentaria¹⁰⁵⁸. Todas las funciones representativa, legislativa, de control y de investigación requieren de votaciones que dan lugar a decisiones mayoritarias y democráticas, y detrás de cada acto parlamentario, con o sin valor de ley, se esconde por lo general una votación que ha alumbrado una decisión concreta¹⁰⁵⁹.

En el recurso de amparo promovido por la **diputada Irene Novales y el portavoz del Grupo Parlamentario Socialistas Vascos** contra la decisión del Presidente del Parlamento Vasco de no repetir una votación relativa al proyecto de ley de presupuestos de la comunidad autónoma, el Tribunal Constitucional establece que no parece que puedan plantearse dudas sobre el hecho de que el derecho al voto de los parlamentarios es uno de los que se integran en el *ius in officium* de los mismos. Si bien no se había dado antes un pronunciamiento claro al respecto, dicha pertenencia se deriva de la naturaleza misma de las cosas¹⁰⁶⁰, por lo que cualquier menoscabo u obstáculo en el ejercicio del voto por parte de un parlamentario lesionaría directamente el *ius in officium*¹⁰⁶¹.

Para el Tribunal, uno de los principales derechos y deberes de los parlamentarios es la participación en las tareas de las cámaras, y la forma más habitual de concretar dicha actividad es el ejercicio de su derecho al voto a través del cual manifiestan su postura en los acuerdos de las asambleas. Además, el derecho al voto de los parlamentarios vascos en el Pleno y en las comisiones que integran, como parte del *ius in officium*, se encontraba configurado legalmente en las disposiciones del Reglamento del Parlamento Vasco¹⁰⁶².

En el momento de una votación particular, la parlamentaria al activar el botón del no, comprobó que no funcionaba, y tanto ella como el portavoz del grupo hicieron gestos ostensibles de tal hecho al presidente de la cámara. Sin embargo, el presidente proclamó el resultado a favor por 37 votos y 36 en contra, sin contar con su voto, aunque en el panel electrónico registró en un momento el resultado de 37 a 37¹⁰⁶³. Después, el portavoz del

¹⁰⁵⁸ FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa Ma.: *El voto parlamentario*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 110.

¹⁰⁵⁹ Ibidem. Para la autora, sin el voto no se llevarían a término gran parte de los actos parlamentarios y el Parlamento sería un puro órgano deliberante, pero no decisorio.

¹⁰⁶⁰ STC 361/2006, de 18 de diciembre, F.J. 3.

¹⁰⁶¹ FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa Ma.: *El voto parlamentario* op. cit., p. 110.

¹⁰⁶² STC 361/2006, de 18 de diciembre, F.J. 3.

¹⁰⁶³ PULIDO QUECEDO, Manuel: "Parlamento y diputado ..." op. cit., p. 94.

grupo al hacer uso de la palabra explicó los hechos y pidió que se subsane la deficiencia técnica y se repita la votación electrónica, pero el presidente desestimó el reclamo¹⁰⁶⁴.

En base a ello, el Tribunal considera que la actuación de la presidencia del Parlamento Vasco supuso lesionar el derecho a votar de la parlamentaria, porque los problemas técnicos pueden suceder en los sistemas electrónicos y no se había demostrado fehacientemente una negligencia de la diputada. El presidente no se debió negar a comprobar la anomalía, y, en su caso, debió disponer la repetición de la votación, por las graves consecuencias que implicaba para el resultado y para el conocimiento de la voluntad auténtica de la cámara en el tema transcendente del presupuesto de la comunidad¹⁰⁶⁵.

En consecuencia, el Tribunal consideró que existió una vulneración del derecho de la recurrente al ejercicio de sus funciones en condiciones de igualdad, reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución, y por tanto el recurso presentado mereció ser acogido¹⁰⁶⁶.

A formar parte de la Mesa de la cámara.-

En el recurso de amparo promovido por la **diputada del Grupo Parlamentario Popular del Parlamento de Andalucía Patricia del Pozo Fernández**, el Tribunal Constitucional reconoció el derecho de los diputados a formar parte de la Mesa de la cámara, con los requisitos previstos por los reglamentos parlamentarios, y que dicha facultad pertenece al núcleo de la función representativa parlamentaria, porque la Mesa tiene una función importante en los actuales Parlamentos y cumple una imprescindible labor técnico jurídica destinada a ordenar y racionalizar el funcionamiento de las cámaras para su mayor eficiencia como foro de debate y participación en los asuntos públicos¹⁰⁶⁷.

En este caso, la diputada recurrente había obtenido la segunda más alta votación entre cuatro candidatos a las secretarías y le correspondía ocupar uno de los tres cargos de Secretario de la Mesa, conforme al artículo 34 del Reglamento del Parlamento de Andalucía.

¹⁰⁶⁴ PARDO FALCÓN, Javier: "Votaciones y grupos parlamentarios (Comentario a la STC 361/2006, de 18 de diciembre, sobre votación electrónica del proyecto de Ley de Presupuestos Generales del País Vasco para 2005)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 81, Septiembre-Diciembre 2007, pp. 310-311.

¹⁰⁶⁵ STC 361/2006, de 18 de diciembre, F.J. 4.

¹⁰⁶⁶ Ibidem.

¹⁰⁶⁷ STC 199/2016, de 28 de noviembre, F.J. 3.

Sin embargo, el presidente de la sesión constitutiva realizó una interpretación del artículo 37 del mismo Reglamento para permitir la participación de todos los grupos parlamentarios en la Mesa, proclamando como Secretario a un diputado de Izquierda Unida que obtuvo el menor número de votos, pero excluyó y privó injustificadamente a la diputada recurrente del derecho a formar parte como Secretaria de la Mesa del Parlamento de Andalucía¹⁰⁶⁸.

Para el Tribunal, la decisión del presidente que proclamó a los tres Secretarios de la Mesa, sin respetar los resultados de la votación celebrada según lo dispuesto por el artículo 34 del Reglamento, violó el derecho de la diputada recurrente a ejercer las funciones representativas con los requisitos que señalen las leyes conforme al artículo 23.2 de la Constitución Española, en relación con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes previsto por el artículo 23.1¹⁰⁶⁹.

A formar parte de una comisión parlamentaria.-

Los **diputados del Grupo Mixto Eduardo Tamayo y María Sáez** promovieron recurso de amparo contra la resolución de la Diputación Permanente de la Asamblea de Madrid que los excluyó de integrar una comisión de investigación. Si bien la comisión estaba compuesta, entre otros, por un diputado del Grupo Mixto; precisamente, los dos integrantes de dicho grupo fueron excluidos por estar comprometidos en el objeto de la comisión.

Conviene recordar que desde el momento en que el Parlamento deja de estar compuesto por un único órgano, el Pleno, y se convierte en un conjunto pluriorgánico, la estructura parlamentaria se transforma y las comisiones se constituyen como parte orgánica del sistema¹⁰⁷⁰ y órganos imprescindibles en el funcionamiento del Parlamento actual en cuanto el Pleno al ser un órgano numeroso dificulta que se pueda celebrar un debate detallado de las iniciativas como si es posible en las comisiones, que facilitan el posterior debate en el

¹⁰⁶⁸ Idem, F.J. 4.

¹⁰⁶⁹ Ibidem.

¹⁰⁷⁰ VILA RAMOS, Beatriz: *Los sistemas de comisiones parlamentarias*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 34. La autora explica los factores que contribuyen a ello: uno (i), la aparición de los grupos parlamentarios transforma la organización interna del Parlamento posibilitando la formación de una voluntad coherente mayoritaria que condiciona la decisión plenaria, y dos (ii), el aumento de producción legislativa favorece la aplicación del principio de división de trabajo en los procedimientos parlamentarios y por consiguiente, la asunción de un mayor nivel competencial en las comisiones (pp. 34-35).

Pleno¹⁰⁷¹. Las comisiones se transforman en Plenos reducidos que al reflejar fielmente la composición de la cámara, evitan las discrepancias que se producirían si se llevarán los asuntos directamente al Pleno¹⁰⁷².

Además, en la actualidad, las comisiones no sólo realizan funciones preparatorias para la resolución final de los asuntos por el Pleno, sino que un número importante de iniciativas agotan su procedimiento en las propias comisiones¹⁰⁷³. A la par que el Parlamento asume progresivamente un núcleo mayor de competencias, las comisiones ya no actúan sólo como órganos preparatorios de las decisiones plenarias, sino como órganos a través de los cuales el Parlamento ejercita plenamente sus funciones¹⁰⁷⁴.

Por ello, si, como consecuencia del juego de las mayorías, fuera posible excluir a determinados parlamentarios de la pertenencia a las comisiones, se les estaría privando de la posibilidad de intervenir en actuaciones que no son objeto de conocimiento por el Pleno¹⁰⁷⁵. Al respecto, en un caso anterior, el Tribunal Constitucional, en base a un reglamento parlamentario, reconoce el derecho de los diputados a integrarse, al menos, en una comisión permanente, pero no a formar parte en todas ellas, agregando que dicho derecho se identifica con el grupo parlamentario al que está adscrito¹⁰⁷⁶.

Ello provoca que la titularidad de dicho derecho corresponda al diputado¹⁰⁷⁷, y la distribución en determinada comisión dependa del grupo pues si bien se trata de un derecho de los diputados, no es un deber de obligatorio cumplimiento por parte de los grupos, que determinarán la distribución adecuada de parlamentarios en cada comisión¹⁰⁷⁸.

El Tribunal Constitucional examina si la exclusión de los recurrentes de participar en la comisión investigadora, vulnera el derecho fundamental de los parlamentarios a ejercer

¹⁰⁷¹ SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique: "Derechos y deberes de los parlamentarios" op. cit., p. 120.

¹⁰⁷² VILA RAMOS, Beatriz: *Los sistemas de comisiones parlamentarias* op. cit., p. 35. La autora comenta que las comisiones se estructuran a través de los grupos parlamentarios de acuerdo a los principios de proporcionalidad y pluralidad política, es decir respetando la composición política de la cámara.

¹⁰⁷³ SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique: "Derechos y deberes de los parlamentarios" op. cit., p. 120.

¹⁰⁷⁴ VILA RAMOS, Beatriz: *Los sistemas de comisiones parlamentarias* op. cit., p. 34.

¹⁰⁷⁵ SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique: "Derechos y deberes de los parlamentarios" op. cit., p. 120.

¹⁰⁷⁶ STC 214/1990, de 20 de diciembre, F.J. 6.

¹⁰⁷⁷ TORRES MURO, Ignacio: "Los derechos de los parlamentarios" op. cit., p. 277.

¹⁰⁷⁸ VILA RAMOS, Beatriz: *Los sistemas de comisiones parlamentarias* op. cit., p. 322.

con libertad y en condiciones de igualdad su función representativa protegido por el artículo 23.2 de la Constitución Española. Se trataba de examinar una negación del derecho porque con tal medida se privó a los diputados de la posibilidad de formar parte, al menos uno de ellos, en la citada comisión como miembros de la misma¹⁰⁷⁹.

Para el Tribunal, si bien el artículo 63.2 del Reglamento de la Asamblea de Madrid establece la representación de todos los grupos parlamentarios en las comisiones constituidas en la asamblea y se atribuyó un puesto en la comisión investigadora al representante del Grupo Mixto, la exclusión de los demandantes no era un obstáculo insalvable para que este grupo designara como miembro a cualquier otro diputado que se pudiera incorporar al mismo y que no tenga las circunstancias por las que se negó el derecho a los recurrentes¹⁰⁸⁰.

El Tribunal efectuó un juicio de proporcionalidad sumarísimo y benevolente, para examinar si el acto de exclusión de la comisión como medida limitativa de los derechos fundamentales de los recurrentes, cumplía los tres requisitos que forman parte del mismo: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹⁰⁸¹. Así, a pesar que las comisiones investigadoras emiten juicios de oportunidad política y no son exigibles la objetividad e imparcialidad de los órganos judiciales, el Tribunal entiende legítima la resolución de la asamblea que priorizó el desarrollo de la actividad de estas comisiones con una mayor objetividad y eficacia posible en detrimento de la protección constitucional a un derecho fundamental como el reconocido por el artículo 23.2¹⁰⁸².

Así, primero (i), la exclusión de los parlamentarios afectados por la investigación de la comisión parlamentaria se considera como una medida idónea por ser razonable preservar la objetividad y eficacia como criterios de actuación de la misma en aras de la solvencia de las conclusiones y el resultado de los trabajos que lleve a cabo¹⁰⁸³.

¹⁰⁷⁹ MARTÍNEZ CORRAL, Juan Antonio: "El sonado caso de los diputados que estaban y se les esperaba, pero no aparecieron Comentario a la STC 39/2008 de 10 de marzo", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Tomo II, 2008, p. 1375.

¹⁰⁸⁰ STC 39/2008, de 10 de marzo, F.J. 6.

¹⁰⁸¹ MARTÍNEZ CORRAL, Juan Antonio: "El sonado caso de los diputados que estaban ..." op. cit., p. 1375.

¹⁰⁸² Ibidem.

¹⁰⁸³ STC 39/2008, de 10 de marzo, F.J. 7; y, Martínez Corral, Juan Antonio: "El sonado caso de los diputados que estaban ..." op. cit., p. 1375.

En segundo lugar (ii), no han aparecido otras medidas menos gravosas, con un sacrificio menor del derecho fundamental alegado, si se observa que los recurrentes comparecieron ante la comisión, ésta desarrolló su trabajo con publicidad, y ellos estuvieron informados del desarrollo de sus actividades, por lo que se les permitía actuar en defensa de sus derechos en la eventualidad que fueran afectados¹⁰⁸⁴.

Y en tercer y último lugar (iii), de la aplicación de la resolución de exclusión no se derivaron más perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto, que los beneficios o ventajas que para el interés general aparecieron por la investigación de los intereses urbanísticos relacionados con el bloqueo institucional de la Asamblea de Madrid por el comportamiento de los parlamentarios excluidos¹⁰⁸⁵.

Por todo ello, el Tribunal concluyó que la decisión impugnada vertida no vulneró el derecho de los recurrentes a ejercer con libertad y en condiciones de igualdad su labor representativa¹⁰⁸⁶.

A formar parte de un grupo parlamentario.-

Los **diputados del Bloque Nacionalista Galego Francisco Rodríguez, Guillermo Vázquez y Carlos Aymerich, el diputado del Partido Nacionalista Vasco Josu Erkoreka y el diputado de *Convergencia i Unió* Jordi Martí** promovieron recurso de amparo contra el acuerdo de Mesa del Congreso de los Diputados que denegó la solicitud de constitución del Grupo Parlamentario *Galego* (BNG). Fue denegada por considerar que si bien cumplieron el requisito de haber obtenido 5 escaños, no alcanzaron las formaciones políticas a las que pertenecen los diputados el 15% de los votos de las circunscripciones respectivas exigido por el Reglamento de la cámara. Esta segunda condición sólo la cumplía el Bloque Nacionalista *Galego*, pero no las otras 2 formaciones políticas por ya haber sido utilizado el porcentaje de votos para constituir los grupos respectivos, no siendo posible invocarlo para constituir grupos diferentes.

¹⁰⁸⁴ Ibidem.

¹⁰⁸⁵ Ibidem.

¹⁰⁸⁶ Ibidem.

Para el Tribunal Constitucional, la facultad de constituir un grupo parlamentario en la forma y con los requisitos que el mismo reglamento establece, corresponde a los diputados, y pertenece al núcleo de su función representativa parlamentaria, porque los grupos en los actuales Parlamentos son entes imprescindibles en su organización y funcionamiento, así como para el desempeño de las funciones parlamentarias, por lo que dicha facultad constituye una manifestación constitucionalmente relevante del *ius in officium* del representante¹⁰⁸⁷.

Una vez garantizada la esfera de autonomía individual del parlamentario, se aseguran también sus libertades y derechos en los grupos parlamentarios que constituyen y en los que se integran, para lo que se entiende que existe un *continuum* entre la elección de un representante por los ciudadanos, la posterior asunción de la condición de parlamentario tras la elección y la integración del representante en un grupo. Es decir, un circuito democrático que no debe ser interrumpido para garantizar la igualdad en la relación de representación¹⁰⁸⁸.

Ahora, conviene reiterar que no se reconoce a los grupos parlamentarios la titularidad de derechos fundamentales, sino que simplemente se garantiza el derecho fundamental de los parlamentarios a conservar un cargo público y a desempeñarlo tanto de manera aislada como conjunta, *uti socii*, a través de las formaciones sociales intermedias que integran. Con ello se está admitiendo un dato procesalmente importante, una cosa es la titularidad de un derecho fundamental, y otra conceptualmente distinta la legitimación para el ejercicio de las acciones o recursos que permiten su tutela jurisdiccional¹⁰⁸⁹.

Además, para el Tribunal, las facultades que a la Mesa de la cámara le corresponden en orden a la constitución de los grupos parlamentarios son de carácter reglado, circunscribiéndose a constatar si la constitución del grupo reúne los requisitos reglamentariamente previstos¹⁰⁹⁰. Al respecto, el artículo 23.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados señala como regla general que los diputados en número no inferior a 15 pueden constituir un grupo parlamentario, y como regla subsidiaria o alternativa que también pueden constituirlo los diputados de una o varias formaciones políticas con un número no

¹⁰⁸⁷ STC 64/2002, de 11 de marzo, F.J. 3.

¹⁰⁸⁸ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos* ... op. cit., p. 264.

¹⁰⁸⁹ Idem, pp. 146 y 265.

¹⁰⁹⁰ STC 64/2002, de 11 de marzo, F.J. 3.

inferior a 5 escaños y el 15% de los votos correspondientes a las circunscripciones en que hubiesen presentado candidatura o el 5% de los votos emitidos en el conjunto de la Nación.

El Tribunal interpreta que la finalidad de la regla subsidiaria o alternativa es la de permitir, como excepción a la regla general, que los diputados elegidos en las candidaturas de una o varias formaciones, que no alcancen aquél número, puedan constituirse un grupo parlamentario, reduciendo el requisito numérico, pero a la vez agregando la exigencia de un cierto respaldo electoral. Por ello, dicha finalidad no se cumple, ni su carácter subsidiario o alternativo, si el porcentaje de votos obtenido por las candidaturas presentadas por una formación política pudiera ser invocado para constituir un grupo distinto al de éstos, y que el mismo porcentaje pudiera ser utilizado para constituir dos grupos distintos por los diputados elegidos en las candidaturas de la misma formación¹⁰⁹¹.

En este sentido, una vez que dicho porcentaje de votos es invocado por los diputados elegidos en una formación política para constituir un grupo parlamentario, este porcentaje no puede ser utilizado por otros diputados elegidos en esa misma formación para formar un grupo diferente. Se descarta que los diputados elegidos en las candidaturas presentadas por una misma formación política que no hubieran alcanzado el mínimo de quince, pero sí una cifra bastante superior a cinco diputados, pudieran ellos mismos formar, invocando el porcentaje de votos obtenidos por aquellas candidaturas, más de un grupo parlamentario¹⁰⁹².

Si bien es posible alegar la libertad negativa para no formar parte a ningún grupo parlamentario como parte del contenido esencial del derecho de asociación, los parlamentarios son titulares de una función y tienen el deber de integrarse a un grupo y la simple facultad de opción para decidir a que grupo se adscribirán. Además, cuando el parlamentario no ejerce la facultad de opción y no se inscribe a un grupo, la cámara decide incorporarlo *ex officio* al Grupo Mixto, para encuadrar a los parlamentarios en grupos con el fin de conseguir una cámara operativa que cumpla sus funciones constitucionales, a costa de producir una limitación en la libertad individual de asociación pero que no suprime completamente la libertad del parlamentario¹⁰⁹³.

¹⁰⁹¹ Idem, F.J. 6.

¹⁰⁹² Ibidem.

¹⁰⁹³ MORALES ARROYO, José María: *Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales* op. cit., pp. 347-348.

La limitación se considera justificada y no violatoria de la libertad del parlamentario individual a no asociarse o a pertenecer contra su voluntad a un grupo, porque primero (i), el derecho de opción se respeta plenamente y ni el reglamento ni los órganos de las cámaras están facultados para decidir a qué grupo debe pertenecer; segundo (ii), las disposiciones reglamentarias determinan que el ejercicio de ciertas facultades sólo pueden ser desempeñadas por y a través de los grupos parlamentarios, para lo cual la remisión de los parlamentarios no adscritos al Grupo Mixto persiguen que tengan acceso a dichas facultades y evitar situaciones de desigualdad; y tercero (iii), el Grupo Mixto no es un grupo parlamentario en sentido estricto porque carece de identificación política y se trata de un lugar neutral que sirve únicamente para agrupar a los parlamentarios, sin que tengan conciencia de pertenecer a un grupo¹⁰⁹⁴.

A diferencia de los grupos parlamentarios que son asociaciones de configuración legal, el Grupo Mixto se acerca más a la figura de la corporación, porque su constitución se deriva directamente de los reglamentos parlamentarios, y la afiliación manifiesta un carácter necesario¹⁰⁹⁵, pues la experiencia de la práctica parlamentaria ha demostrado que la incorporación de los parlamentarios a los grupos tiende a mejorar el funcionamiento y la representatividad de las cámaras, en ocasiones incompatible con prácticas personalistas que obstaculizaban su pleno desarrollo. La integración a los grupos se hace cada vez más imperiosa como consecuencia de la propia dinámica de las cámaras, y para el parlamentario individual el pertenecer a un grupo es una necesidad en la medida que deseen cumplir mejor el mandato para el que han sido elegidos por la voluntad popular¹⁰⁹⁶.

La alternativa de organización de la cámara parlamentaria en base a grupos parlamentarios es la tutela y garantía formal de la situación de aquellos miembros que libremente deciden no incorporarse a ninguno de los grupos constituídos¹⁰⁹⁷, prevista por algunos reglamentos parlamentarios de las comunidades autónomas españolas¹⁰⁹⁸. Sin embargo, en todo caso, la opción por la figura del grupo parlamentario en detrimento de los

¹⁰⁹⁴ Idem, pp. 348-349.

¹⁰⁹⁵ Idem, p. 349.

¹⁰⁹⁶ SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *Los grupos parlamentarios* op. cit., pp. 118-119.

¹⁰⁹⁷ Idem, p. 118.

¹⁰⁹⁸ ARRUEGO, Gonzalo: "Sobre la constitucionalidad del "diputado no adscrito"", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 99, Septiembre-Diciembre 2013, pp. 99-124.

parlamentarios aislados o no adscritos, es evidente incluso en los ordenamientos que admiten a estos últimos porque, en ningún caso, tienen las mismas posibilidades de actuación que tienen los parlamentarios pertenecientes a los grupos¹⁰⁹⁹.

La posibilidad de admitir al parlamentario no adscrito o aislado es objetada constitucionalmente porque el concepto constitucional de representación política arroja la imagen de un Parlamento cuyos integrantes están organizados en grupos coherentes con la adscripción política con la que concurrieron a las elecciones y fueron elegidos, o que, en su defecto, se integran en el denominado Grupo Mixto como garantía no sólo de la funcionalidad de la cámara, sino, principalmente, como salvaguarda del derecho a la participación política representativa de ellos¹¹⁰⁰.

A solicitar la convocatoria del Pleno.-

El **Grupo Parlamentario *Iniciativa per Catalunya*** interpuso recurso de amparo contra la decisión de la Presidencia del Parlamento de Cataluña que denegó la petición de convocatoria a sesión extraordinaria del Pleno para tratar la presentación de un recurso de inconstitucionalidad, por no haber cumplido los requisitos previstos por el Reglamento de la cámara y una norma supletoria de la Mesa. En este caso, el Tribunal Constitucional conoce de las actuaciones parlamentarias ocurridas para examinar si se produjo una infracción que hubiera privado a los recurrentes del ejercicio de la facultad propia del cargo relativa a la presentación de una propuesta para interponer recurso de inconstitucionalidad y a la convocatoria a una sesión del Pleno.

El Tribunal parte por reiterar que puede conocer mediante del recurso de amparo las violaciones de derechos fundamentales que se originen en la actuación de los órganos de gobierno de las cámaras, siempre y cuando tales lesiones no sean determinadas por la simple por la simple conculcación de normas reglamentarias, sino por razones sustantivas de carácter material¹¹⁰¹. Por ello, la hipotética vulneración del artículo 10.2 de la Ley del Consejo

¹⁰⁹⁹ SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *Los grupos parlamentarios* op. cit., p. 119.

¹¹⁰⁰ ARRUEGO, Gonzalo: "Sobre la constitucionalidad del "diputado no adscrito"" op. cit., pp. 118-119.

¹¹⁰¹ STC 81/1991, de 22 de abril, F.J. 3.

Consultivo no justifica por sí misma la lesión del derecho fundamental aducido, sino si tal infracción hubiera impedido el ejercicio de una facultad propia del cargo¹¹⁰².

De esta sentencia puede deducirse la existencia de un derecho a forzar la convocatoria del Pleno de la cámara cuando se cumplan los requisitos reglamentarios, que se deriva de las afirmaciones hechas en el F. J. 3 cuando se dice que la Mesa no debiera poder impedir el ejercicio de una facultad propia del cargo como lo es la presentación al Pleno de una propuesta¹¹⁰³. Si la propuesta formulada por el grupo recurrente hubiese sido incluida en el orden del día de una sesión, se hubiera determinado con toda probabilidad la inexistencia de lesión constitucional, lo que, *sensu contrario*, se entiende que la no tramitación de la propuesta del grupo hecha con arreglo a las disposiciones reglamentarias, vulnera el artículo 23.2 de la Constitución y menoscaba el *status* del representante¹¹⁰⁴.

En relación a las actuaciones parlamentarias ocurridas, el Tribunal señala que aunque se admitiera en hipótesis que la norma supletoria de la Mesa y luego la resolución de la presidencia hubieran sido dictadas de forma irregular, lo cierto es que los recurrentes tuvieron ocasión de presentar y discutir su propuesta en tiempo hábil para surtir el efecto de haber sido aprobada, faltando, por tanto, el propio presupuesto fáctico de la hipotética lesión¹¹⁰⁵.

Por último, se advierte que tras la referida resolución, tres grupos parlamentarios presentaron otra propuesta para interponer el recurso de inconstitucionalidad, y ésta motivó que la presidencia de la cámara convocase a una sesión suscrita por los tres grupos conforme al Reglamento. Además, en el orden del día de dicha sesión no se incluyó sólo la segunda propuesta sino también la anterior del grupo recurrente y otro en base a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Ley del Consejo Consultivo¹¹⁰⁶.

A recibir subvenciones a favor de los grupos parlamentarios.-

En un recurso de amparo, el **diputado del Grupo Mixto José Luis Ortiz Estévez** reclamó los acuerdos de la Junta de Portavoces y de la Mesa de la Asamblea de Madrid que

¹¹⁰² Ibidem.

¹¹⁰³ TORRES MURO, Ignacio: "Los derechos de los parlamentarios" op. cit., en p. 277.

¹¹⁰⁴ PULIDO QUECEDO, Manuel: *El acceso a los cargos y funciones públicas* ... op. cit., pp. 318-319.

¹¹⁰⁵ STC 81/1991, de 22 de abril, F.J. 3.

¹¹⁰⁶ Ibidem.

dispusieron la quinta parte de la subvención anual al Grupo Mixto por tener un sólo miembro, en aplicación del Reglamento. El Tribunal Constitucional establece que las subvenciones que reciben los grupos forman parte del derecho fundamental a ejercer las funciones del cargo reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución, porque sirven para facilitar mediante recursos económicos la participación de sus miembros en las funciones institucionales de la cámara a la que pertenecen.

Dentro de los medios materiales al servicio de los grupos, las cámaras ponen a su disposición los locales necesarios para realizar sus actividades y los medios materiales precisos para el ejercicio eficaz de sus funciones y tareas según los reglamentos parlamentarios¹¹⁰⁷. La subvención o asignación económica: una cantidad de dinero, con cargo al presupuesto de la cámara, para hacer frente a los gastos de funcionamiento que tengan, se desglosa en dos partes: uno (*i*), una asignación o cantidad fija idéntica para todos los grupos, y dos (*ii*), una subvención variable proporcional al número de miembros de cada grupo para paliar el mayor volumen de necesidad que tienen los grupos más numerosos¹¹⁰⁸.

Para el Tribunal, la finalidad de las diversas clases de subvenciones a favor de los grupos parlamentarios, no es otra cosa que la de facilitar la participación de sus miembros en el ejercicio de las funciones de la cámara a la que pertenecen, para lo cual se dota a los grupos en que los diputados se integran de los recursos económicos necesarios¹¹⁰⁹.

Para el Tribunal, la interpretación del órgano rector de la Asamblea de Madrid sobre el sentido de las disposiciones reglamentarias a tenor del número mínimo de diputados para la formación de los grupos parlamentarios, no puede tenerse por vulneradora del derecho fundamental que al recurrente, como único componente del Grupo Mixto, le reconoce el artículo 23.2, porque no se le priva de ejercer las funciones de su cargo de diputado sin perturbaciones ilegítimas y de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento, y la graduación de la cuantía de las subvenciones en atención al carácter más o menos numeroso del grupo constituye una exigencia de equidad, aunque si cabe que la proporcionalidad del

¹¹⁰⁷ MORALES ARROYO, José María: *Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales* op. cit., pp. 194-195.

¹¹⁰⁸ SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *Los grupos parlamentarios* op. cit., pp. 182-183; y, MORALES ARROYO, José María: *Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales* op. cit., p. 195.

¹¹⁰⁹ STC 214/1990, de 20 de diciembre, F.J. 7.

reparto sufra las correcciones precisas para garantizar el funcionamiento adecuado de los grupos pequeños¹¹¹⁰.

En este sentido, concluye que no cabe pretender la tesis de que la reducción de las subvenciones correspondientes al Grupo Mixto dificulte o impida gravemente el cumplimiento de las funciones representativas propias, no habiendo vulneración constitucional alguna¹¹¹¹.

En el recurso de amparo interpuesto por los **diputados del Grupo Mixto Esteban Solano y Ricardo Conde** contra la resolución del Presidente de la Asamblea Regional de Cantabria que suspendió provisionalmente a dicho grupo la asignación mensual, el Tribunal Constitucional examinó las razones alegadas para la suspensión, afirmando que el hecho que el Grupo Mixto esté formado por diputados que no acudieron a las elecciones como grupo independiente no guarda ninguna relación con el tratamiento diferente de las subvenciones otorgadas para hacer posible su funcionamiento, y tampoco que sus miembros desempeñaran otras funciones públicas, que es una cuestión ajena a la subvención del grupo¹¹¹².

Para el Tribunal, dichas razones no justifican razonablemente el hecho de que al Grupo Mixto se le haya dejado de aplicar aunque fuese transitoriamente la norma establecida de modo general para todos los grupos parlamentarios sin fundamento razonable, vulnerando por tanto sus derechos a un trato igual y al desempeño de sus funciones parlamentarias en plano de igualdad, porque si la subvención se otorga a cada grupo para facilitar sus funciones, la privación de la misma provocó que se cumpliesen en condiciones desfavorables en relación a los demás grupos¹¹¹³.

Por ello, la resolución impugnada produjo la derogación singular de las normas reglamentarias que regulan el *status* de los miembros de los grupos, vulnerando el derecho fundamental a la igualdad en cuanto privaba al Grupo Mixto de una subvención igual para

¹¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹¹ Ibidem.

¹¹¹² STC 15/1992, de 10 de febrero, F.J. 5.

¹¹¹³ Ibidem.

todos y que ya venía percibiendo, sin que aparezcan motivos objetivos y razonables para justificar la diferenciación y que permita reputar que tal decisión fuera válida¹¹¹⁴.

B.- En la función legislativa.-

Como se sabe, en el marco de la división de poderes, al Poder Legislativo, como a los demás poderes, se le define por la función a realizar, ésta es el establecimiento de normas generales que el Poder Ejecutivo ha de aplicar y el Poder Judicial utilizar como fundamento de sus decisiones, que no son ni pueden ser otra cosa que manifestaciones de la voluntad general del pueblo expresadas en la ley¹¹¹⁵. Si bien es cierto que la función legislativa constituye la función esencial y primaria del Parlamento, integrado por los representantes del pueblo, titular de la soberanía, también lo es que hoy se minimiza y se sustituye por la importancia que tiene la función de control político al Gobierno¹¹¹⁶.

Por lo demás, el concepto de control y responsabilidad política entendido como principio regulador de la relaciones entre Parlamento y Gobierno, por el que el Gobierno responde en el sentido de rendir cuentas de su actividad ante el Parlamento, se manifiesta horizontal o transversalmente en todas las funciones parlamentarias en general y no es incardinable en una sola en particular como el control político¹¹¹⁷. Así, también se produce la rendición de cuentas en la función legislativa, por ejemplo cuando se rechaza un proyecto de ley importante para el Gobierno, y en la función presupuestaria si se rechaza una ley de presupuestos¹¹¹⁸.

Así hay hasta tres características propias del procedimiento legislativo que lo convierten en un medio de control político más efectivo que los instrumentos típicos de control: primero (*i*), la participación de las minorías opositoras se hace indispensable porque

¹¹¹⁴ Idem, F.J. 4.

¹¹¹⁵ RUBIO LLORENTE, Francisco: "El procedimiento legislativo", en RUBIO LLORENTE, Francisco: *La forma de poder Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, Vol. II, p. 722.

¹¹¹⁶ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad: *El procedimiento legislativo ordinario ... op. cit.*, pp. 36-38. La autora comenta que en el origen del Parlamento no está la función legislativa sino la función financiera o presupuestaria, y hoy el Parlamento ya no goza del monopolio del poder legislativo porque el Gobierno dicta normas con rango de ley, y el concepto de ley ha perdido sus características de generalidad y abstracción.

¹¹¹⁷ BUSTOS GISBERT, Rafael: *La responsabilidad política del gobierno: ¿realidad o ficción? La necesaria reformulación de un principio esencial del sistema parlamentario*, Madrid, Colex, 2001, pp. 40-41.

¹¹¹⁸ Idem, p. 41.

la ley que aprueba el Parlamento como representante de la Nación exige que en el procedimiento su elaboración se incorporen todas las voluntades presentes en la cámara y la participación de las minorías en todas las etapas, pues todos ostentan idéntica representación¹¹¹⁹.

Además, segundo (ii), la segunda característica del procedimiento legislativo es su publicidad, que se extiende no sólo al resultado final del mismo sino a todas las etapas del procedimiento de elaboración a las que concurren todas las voluntades presentes¹¹²⁰. La publicidad es la proyección hacia fuera del Parlamento, de la información de lo que pasa en él hacia la sociedad en términos generales, caracterizada no por ser neutral o aséptica, sino por tener una importante carga política y valorativa que busca algo concreto: la formación de la opinión pública a favor o en contra de determinadas posiciones. En este contexto, el fin trascendental que persigue la oposición política cuando actúa en el Parlamento a través de los distintos procedimientos, no es intentar convencer ni a la mayoría ni a ninguno de los demás grupos parlamentarios, lo que hace es dirigirse a la opinión pública¹¹²¹.

Como tercer y último rasgo característico (iii), el control parlamentario a través del procedimiento legislativo tiene en su duración una ventaja sobre los medios específicos de control. Por un lado, los procedimientos de los medios clásicos de control, como las preguntas, interpelaciones y mociones, son por lo general rápidos y breves en el tiempo, aunque si son intensos. Por otra parte, el procedimiento legislativo está estructurado en una serie de sucesivos estudios y debates sobre una materia, con la pluralidad de intervenciones de todos los grupos presentes, lo supone la dilatación necesaria del tiempo y las repeticiones de varias veces ante la opinión pública. Ello hace posible una exposición más profunda del mensaje de los grupos minoritarios de oposición, con mayor efectividad que cuando se hace una presentación única aunque sea impactante¹¹²².

¹¹¹⁹ GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción: "La actividad legislativa del Parlamento como mecanismo de control político", en *Revista de las Cortes Generales*, N° 14, Segundo Cuatrimestre 1988, pp. 73-74.

¹¹²⁰ Idem, p. 74.

¹¹²¹ Idem, pp. 74-75 y 89. La autora opina que la diferencia entre una buena y una mala oposición parlamentaria reside en su capacidad de publicidad, de hacer que el Parlamento sea como palestra pública, interesante, que conecte con la opinión pública, no sólo recogiendo sino también enfocándola hacia las grandes cuestiones nacionales. Ver Jennings, Sir Ivor: *El régimen político de la Gran Bretaña* op. cit., p. 125, Para el autor, los debates parlamentarios no sólo reflejan la opinión pública, aún más contribuyen a crearla.

¹¹²² Idem, pp. 87-89.

A la admisión de proposiciones de ley.-

En el recurso de amparo presentado por el **Grupo Parlamentario de Izquierda Unida** contra los acuerdos de Mesa de la Junta General del Principado de Asturias, el Tribunal frente a la inadmisión de una proposición de ley, afirmó que, entre los derechos y facultades que acompañan al desempeño del cargo, debe contarse el derecho a la iniciativa legislativa, como una manifestación constitucionalmente relevante del *ius in officium* del representante. Toda decisión de la Mesa sobre la admisibilidad y tramitación de una iniciativa de un representante ciudadano, que afecte su derecho al libre e igual ejercicio de su cargo público, de forma tal que perturbe o coarte éste, perturba y coarta la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, infringiendo el artículo 23.1 y 2 de la Constitución¹¹²³.

Antes de este caso, el Tribunal había explicado la doble naturaleza de las proposiciones de ley, indicando que dichas proposiciones de los grupos no sólo son una forma de participación de los parlamentarios en la potestad legislativa de las cámaras parlamentarias, sino que también son un cauce instrumental al servicio de la función representativa característica de todo Parlamento. Opera como un instrumento eficaz en manos de los distintos grupos que permite obligar a que el Pleno se pronuncie acerca de la oportunidad de la iniciativa presentada, forzando a los distintos grupos o fuerzas políticas a manifestar públicamente su postura y las razones por las que deciden apoyar o rechazar la propuesta legislativa sometida a su consideración¹¹²⁴.

El problema que suele provocar la tramitación de las iniciativas legislativas es su calificación y el papel de las Mesas en orden a determinar el alcance formal o material de dicha calificación. Al respecto, la tesis mayoritaria del Tribunal es que el examen de los requisitos de la tramitación de una proposición de ley no debe revestir más que un carácter reglamentario o un examen formal¹¹²⁵.

Para el Tribunal, a la Mesa le compete, por estar sujeta al ordenamiento jurídico, la Constitución y los reglamentos parlamentarios, y en aras de la eficiencia del trabajo

¹¹²³ STC 38/1999, de 22 de marzo, F.J. 3 A).

¹¹²⁴ STC 124/1995, de 18 de julio, F.J. 3; y, PULIDO QUECEDO, Manuel: "Parlamento y diputado ..." op cit., p. 76.

¹¹²⁵ PULIDO QUECEDO, Manuel: "Parlamento y diputado ..." op cit., p. 76.

parlamentario, verificar la regularidad jurídica y la viabilidad procesal de la iniciativa, es decir, examinar si la iniciativa cumple con los requisitos exigidos por el reglamento¹¹²⁶. Al calificar la iniciativa, la Mesa verifica que el autor de la propuesta se sirve del procedimiento reglamentario correcto, y por ello la admisión a trámite se produce cuando se cumplen los requisitos exigidos para la apertura del procedimiento como *ius ut procedatur*¹¹²⁷.

La admisión al permitir la tramitación posterior del procedimiento por el que se ejerce la función legislativa, hace posible la discusión política en el seno del Parlamento que otorga un plus de legitimidad y garantiza el pluralismo democrático, al dar a la oposición la posibilidad de exponer sus puntos de vista y movilizar a la opinión pública a través de dicho procedimiento que se asienta sobre la publicidad, la contradicción y el debate¹¹²⁸. En consecuencia, el Tribunal destaca que el examen formal que haga la Mesa no debe suplantar las funciones que le corresponden a la asamblea legislativa, y que gozan de relevancia cuando consisten en ejercer la función legislativa por los representantes de los ciudadanos, máxima expresión de la soberanía popular en el Estado democrático¹¹²⁹. Pone el acento en la significación del debate plenario como pieza clave para la expresión en sede parlamentaria del principio democrático¹¹³⁰.

Posteriormente, la doctrina jurisprudencial ha sido matizada en cierto grado por el Tribunal¹¹³¹ al agregar que el reglamento parlamentario puede establecer o permitir que la Mesa extienda su examen de las iniciativas más allá de la estricta verificación de sus requisitos formales, en el sentido que los escritos y documentos dirigidos a la Mesa, sean de control de la actividad del Gobierno o sean de carácter legislativo, estén limitados

¹¹²⁶ STC 38/1999, de 22 de marzo, F.J. 3 A).

¹¹²⁷ PRESNO LINERA, Miguel Angel: "La consolidación del criterio jurisprudencial sobre la admisión de iniciativas legislativas parlamentarias (la STC 38/1999, de 22 de marzo)", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, T. II, 1999 (Mayo-Agosto), p. 1744.

¹¹²⁸ PRESNO LINERA, Miguel Angel: "La consolidación del criterio jurisprudencial ..." op. cit., p. 1744.

¹¹²⁹ STC 38/1999, de 22 de marzo, F.J. 3 A).

¹¹³⁰ PRESNO LINERA, Miguel Angel: "La consolidación del criterio jurisprudencial ..." op. cit., p. 1745.

¹¹³¹ PULIDO QUECEDO, Manuel: "Parlamento y diputado ..." op cit., pp. 76-77.

materialmente por la Constitución, el bloque de la constitucionalidad o el reglamento parlamentario¹¹³².

A presentar enmiendas legislativas:

En el recurso de amparo interpuesto por el **Grupo Parlamentario del Centro Democrático y Social de las Cortes Valencianas** contra el acuerdo de Mesa que inadmitió una enmienda a la totalidad con texto alternativo, el Tribunal Constitucional precisó que el derecho fundamental conculcado no es directamente el de participación en los asuntos públicos al que alude el artículo 23.1, sino el que reconoce el artículo 23.2, en cuanto, según el recurso, se impediría a los diputados el ejercicio de la facultad de enmienda, que, reglamentariamente prevista, se integra en el *status* del cargo público que desempeñan¹¹³³.

La enmienda legislativa es un instrumento parlamentario que se articula en el procedimiento legislativo y permite la participación de los distintos grupos políticos y representantes, en la formación de la ley¹¹³⁴. La posibilidad de formular una pluralidad de alternativas a un proyecto, implica un cauce de canalización del principio democrático y del pluralismo político en el procedimiento previo a la toma de una decisión política¹¹³⁵.

Esta herramienta, para los parlamentarios y las minorías opositoras, aparece como un medio valioso para presentar y manifestar las discrepancias de la ciudadanía en relación a las iniciativas legislativas del Gobierno y de la mayoría parlamentaria, exhibiéndolas y discutiéndolas en la sede parlamentaria y ante la opinión pública, para, de esta manera, participar y controlar las acciones legislativas del Estado en el procedimiento previo de formación de la ley. No sólo cumple parte de una función legislativa, sino también las funciones de representación y control político, porque a pesar que en su mayoría son

¹¹³² STC 242/2006, de 24 de julio, F.J. 4. Para el Tribunal, si la legalidad aplicable no impone límite material a la iniciativa, la verificación de su admisibilidad ha de ser siempre formal y la Mesa debe limitarse a que la iniciativa cumpla con los requisitos de forma que le exige esa legalidad.

¹¹³³ STC 23/1990, de 15 de febrero, F.J. 5.

¹¹³⁴ REDONDO GARCÍA, Ana Ma.: "La facultad de presentar enmiendas como concreción del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución", en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997, p. 379.

¹¹³⁵ REDONDO GARCÍA, Ana Ma. del Carmen: *El derecho de enmienda en los procedimientos legislativos de las Cortes Generales*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2001, p. 444.

rechazadas, su presentación y defensa evidencia la participación democrática de los distintos representantes, en especial de las minorías opositoras, con diferentes alternativas y críticas a las propuestas del Gobierno y la mayoría¹¹³⁶.

El ejercicio de la facultad de enmienda tiene tres requisitos de procedibilidad: uno (*i*), ser suscrita por un grupo parlamentario, no sólo por un diputado o varios; dos (*ii*), ser presentada dentro del plazo reglamentario; y tres (*iii*), versar sobre la materia a que se refiere el proyecto de ley que trata de modificar. En este caso, se cumplieron los dos primeros requisitos, pero el tercero se consideró que no concurría¹¹³⁷.

Acerca de la relación entre proyecto y enmienda, el Tribunal en un caso anterior había sostenido que ni en la Constitución ni en los reglamentos parlamentarios existe norma alguna que establezca una delimitación material entre enmienda y proposición de ley, por lo que no hay límite alguno a la facultad de los parlamentarios a presentar enmiendas¹¹³⁸.

Pero, en la doctrina adoptada en este caso, el Tribunal afirma que la enmienda y el texto enmendado deben guardar congruencia y una relación de homogeneidad material, por lo que el proyecto o proposición de ley delimita el objeto del debate parlamentario y las enmiendas han de moverse dentro de él, ya sea oponiéndose, formulando alternativas o limitándose a correcciones parciales. De esta manera, el autor del proyecto o proposición no sólo tiene derecho a que se active el procedimiento legislativo, sino que no se tramite para un objeto distinto del propuesto por él¹¹³⁹.

Con esta nueva doctrina expuesta, al quedar condicionada la enmienda a guardar cierta congruencia y homogeneidad material con el proyecto de ley, el Tribunal desestimó el recurso de amparo por estimar que la Mesa de las Cortes al denegar la admisión del escrito de enmienda tuvo presente las normas reglamentarias, que aplicó de modo razonable y sin

¹¹³⁶ Idem, pp. 444-445.

¹¹³⁷ STC 23/1990, de 15 de febrero, F.J. 5.

¹¹³⁸ STC 99/1987, de 11 de junio, F.J. 1 b).

¹¹³⁹ ARCE JANARIZ, Alberto: "El derecho de enmienda visto por el Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 41, Mayo-Agosto 1994, pp. 165-166; y, ARCE JANARIZ, Alberto: "¿Overruling en la jurisprudencia constitucional sobre el trámite parlamentario de admisión?", en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997, p. 375.

vulnerar el derecho fundamental de los recurrentes al ejercicio del cargo público porque no cabe ejercerlo sino dentro del cauce legal o reglamentario¹¹⁴⁰.

Con posterioridad, el Tribunal ratificando el carácter subsidiario o incidental de la enmienda en relación al texto a enmendar, ha relativizado la exigencia de la conexión material o relación de homogeneidad mínima con la misma, para que el órgano parlamentario reglamentariamente competente pueda determinarlo con un margen amplio o flexible de valoración, de manera que el procedimiento legislativo no se vea atrapado en reglas tan rígidas¹¹⁴¹.

C.- En la función de control.-

Como ya hemos visto en relación a la función legislativa, la función de control político se articula sobre la idea de la rendición de cuentas como el principio regulador de las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno, por el cual éste está obligado a rendirle cuentas de sus actos a aquél¹¹⁴², y cuya consecuencia es la responsabilidad política del Gobierno, no necesariamente directa sino más bien difusa o indirecta y diferida, por no traer siempre consigo su dimisión, y tener como su objetivo más perceptible y efectivo provocar el debilitamiento y desgaste de los gobernantes en su credibilidad en el manejo de los asuntos públicos frente al electorado con miras a su derrota en las próximas elecciones¹¹⁴³.

Si éstas son sus notas características más resaltantes, una visión de conjunto la haremos al compararlo con el control jurídico, resulta arbitrario hablar de una única función nuclear de control político, separada de las funciones representativa y legislativa, pues ocurre que el control político no se reduce a un tipo de actividad parlamentaria en particular sino

¹¹⁴⁰ STC 23/1990, de 15 de febrero, F.J. 5.

¹¹⁴¹ STC 119/2011, de 5 de julio, F.J. 7; y, STC 136/2011, de 13 de septiembre, F.J. 7. Ver DEL PINO CARAZO, Ana: "Del tránsito de un concepto formal a un concepto material de enmienda en el procedimiento legislativo, ¿una cuestión zanjada?", en RUBIO LLORENTE, Francisco, JIMÉNEZ CAMPO, Javier, SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, BIGLINO CAMPOS, Paloma, y GÓMEZ MONTORO, Ángel (Coords.): *La Constitución política de España Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 237-239.

¹¹⁴² BUSTOS GISBERT, Rafael: *La responsabilidad política del gobierno ...* op. cit., p. 40.

¹¹⁴³ ARAGÓN REYES, Manuel: "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 17, Mayo-Agosto de 1986, p. 101; y, ARAGÓN REYES, Manuel: "El control parlamentario como control político", en *Revista de Derecho Político*, N° 23, 1986, pp. 24-25.

que se manifiesta y extiende en todas las funciones parlamentarias en general¹¹⁴⁴, tal como aparece en la función legislativa revisada en el apartado anterior.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional identifica a una función nuclear de control separada de otras funciones parlamentarias, por ello, sin dejar de advertir este criterio impreciso, pasamos a explicar ciertas facultades de los parlamentarios desarrolladas por el Tribunal a partir del derecho fundamental al desempeño y ejercicio efectivo del cargo, relacionadas con esta función especial.

A solicitar información.-

En el recurso de amparo interpuesto por los **diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha** contra el acuerdo de la Mesa de las Cortes que denegó la admisión de las solicitudes de documentación al Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el Tribunal Constitucional establece que la facultad que tienen los diputados de recabar información de la administración pública previsto por el Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha queda integrado en el *ius in officium* del cargo y función pública, reconocido por el derecho fundamental protegido por el artículo 23.2 de la Constitución Española, para el ejercicio y desempeño efectivo del cargo y sus funciones¹¹⁴⁵.

Para el Tribunal, dicha facultad de los parlamentarios no puede quedar sujeta, en el seno de la cámara, a un control de oportunidad sobre la conveniencia de hacer llegar a la administración autónoma la solicitud de información que aquéllos formulen. En ese sentido, el control por parte de la Mesa para declarar la admisibilidad o inadmisibilidad del escrito es el examen de la viabilidad formal de esas peticiones de información que habrán de ser admitidas y trasladadas al Consejo de Gobierno cuando no se aprecien carencias o deficiencias relevantes en su presentación o redacción¹¹⁴⁶.

En el recurso de amparo interpuesto por los **parlamentarios de Euskadisko Esquerra** contra la contestación negativa dada por el Gobierno Vasco a las preguntas formuladas sobre el destino de los gastos reservados de los departamentos de interior y

¹¹⁴⁴ BUSTOS GISBERT, Rafael: *La responsabilidad política del gobierno ...* op. cit., p. 41.

¹¹⁴⁵ STC 161/1988, de 20 de septiembre, F.Js. 5 y 7.

¹¹⁴⁶ Idem, F.J. 8.

presidencia, el Tribunal Constitucional adoptó la doctrina jurisprudencial de limitar las facultades de los parlamentarios a solicitar información y a formular preguntas para que se admitan y trasladen por los órganos de las cámaras parlamentarias al Gobierno, pero dejando las respuestas del Gobierno en réplica dentro de sus funciones gubernamentales y de las relaciones políticas del Ejecutivo y Parlamento, no tutelables por el artículo 23.2 de la Constitución, ni, por tanto, revisables judicialmente.

Para el Tribunal, los actos a través de los cuales se articulan las peticiones de información y preguntas de los parlamentarios a los miembros del Gobierno, y los que produzcan en el ámbito de las relaciones entre Gobierno y Parlamento agotan normalmente sus efectos en el campo estrictamente parlamentario, y sólo dan lugar al funcionamiento de los instrumentos de control político, que excluye por lo general tanto la fiscalización judicial como la de este Tribunal, al que no le corresponde el control de las irregularidades que se produzcan en las relaciones políticas entre Legislativo y Ejecutivo¹¹⁴⁷.

En este sentido, el Tribunal afirma que no le corresponde decidir si esa negativa a informar es políticamente oportuna, sino que la denegación o incompleta satisfacción de una pregunta o petición de información formuladas por parlamentarios, no supone la vulneración del derecho fundamental al ejercicio del cargo garantizado por el artículo 23.2, que no comprende el derecho a una respuesta con un concreto contenido, porque el cauce de control de tal actuación gubernamental es el de la acción política de los parlamentarios¹¹⁴⁸.

Así resuelto el caso, el derecho “estrella” de los parlamentarios¹¹⁴⁹, ha quedado vaciado de parte esencial de su contenido constitucional pues el derecho a recabar información, así como el derecho a formular preguntas, no exige la respuesta debida del Gobierno. La resistencia del Ejecutivo a dar información a los parlamentarios no es controlable jurídicamente, no porque la actividad o inactividad política del Gobierno esté inmune al control jurídico, sino porque no hay obligación jurídica de suministrarla, y al no haberla no procede el control judicial de la resistencia¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁷ STC 220/1991, de 25 de noviembre, F.J. 5.

¹¹⁴⁸ Ibidem.

¹¹⁴⁹ TORRES MURO, Ignacio: “Los derechos de los parlamentarios” op. cit., p. 279.

¹¹⁵⁰ CIDONCHA MARTÍN, Antonio: “El control del gobierno ...” op. cit., p. 385.

La negativa a la tutela del derecho por el Tribunal al que se le ha confiado el amparo del mismo, ha sido calificada con razón como paradójica e irrisoria, y como derecho a nada, por interpretar jurisprudencialmente que la facultad de recabar información por los parlamentarios es un derecho fundamental presente en el artículo 23.2 que despliega toda su virtualidad y eficacia frente a la Mesa de la cámara que no lo satisface, pero que se muestra débil e inexistente ante su auténtico destinatario, el Gobierno¹¹⁵¹. A ello cabe responder que los derechos fundamentales como los que tienen los parlamentarios, resultan exigibles a todos los poderes públicos y no únicamente a los órganos de las cámaras¹¹⁵².

Si bien en cierto sentido las valoraciones y opciones políticas de la respuesta, de los datos, documentos o informes entregados, si caen en la acción política entre el Parlamento y el Gobierno, no siendo jurídicas ni por tanto justiciables, el derecho a solicitar información apareja inescindiblemente que ésta sea entregada y recabada, es decir, respuesta tiene que haber y tiene que ser completa, siendo controlables judicialmente, pero las valoraciones políticas de los informes al formar parte de la acción y control político, no son justiciables.

Desde cierta perspectiva, una solución firme y segura es entender que la falta total de respuesta por parte del Gobierno si representa una conculcación de la facultad de recabar información, lesiva del derecho fundamental del artículo 23.2; por tanto, se debe apostillar la declaración del Tribunal de que la petición de información no comprende el derecho a una respuesta con un contenido concreto: la información solicitada, en el sentido de que sí comprende al menos el derecho a obtener una respuesta¹¹⁵³.

Por ello, el Tribunal incurre en un recorte absolutamente equivocado del derecho a la información, vaciándolo de parte de las facultades e intereses inherentes a su contenido constitucional, y a la vez infla en exceso y con exageración el ámbito de la acción y del control meramente político. El derecho a la información implica el derecho a recabarla, es decir a obtener una respuesta en términos completos en función de lo requerido, lo que

¹¹⁵¹ MANCISIDOR ARTARAZ, Eduardo: "El derecho a la información de los parlamentarios en la jurisprudencia constitucional", en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997, p. 355; y, CIDONCHA MARTÍN, Antonio: "El control del gobierno ..." op. cit., p. 385.

¹¹⁵² GÓMEZ CORONA, Esperanza: "El control parlamentario ..." op. cit., p. 390.

¹¹⁵³ MANCISIDOR ARTARAZ, Eduardo: "El derecho a la información de los parlamentarios ..." op. cit., p. 357.

constituye un derecho fundamental reconocido por la Constitución y por tanto protegible por los tribunales a través de garantías procesales como lo es el recurso de amparo.

El ámbito de la mera acción y control político no incluye la facultad del Gobierno a no responder o a responder parcialmente, éste tiene la obligación de responder y hacerlo en forma completa. Lo que si recae en el juego político y sujeto a controles políticos, no justiciables, son las valoraciones y opciones políticas que sirven para dinamizar las acciones de fiscalización sobre el Gobierno y para hacer valer su responsabilidad política a través del Parlamento, o recurriendo en última instancia a la voluntad popular expresada en las elecciones.

Por ello, se propone la revisión casuística de los supuestos que si merecen protección jurisdiccional, matizando la denegatoria por razón de relaciones políticas para que quede reducida a su expresión más restringida, pues la tesis de no judicializar las relaciones políticas Gobierno Parlamento tiene un sentido acertado. Pero hay que destacar que ello no debe perjudicar la función de control parlamentario, por pertenecer al núcleo esencial de la función representativa, y que, a su vez, puede ser revisada judicialmente si la obstaculización de la misma derivase en una violación del derecho fundamental protegido por el artículo 23.2¹¹⁵⁴.

Así, en primer lugar (i), la apreciación del grado de satisfacción política del diputado acerca de la contestación del Gobierno es materia infiscalizable en sede jurisdiccional alguna, equivalente al tratamiento de ciertas iniciativas de carácter estrictamente político, como por ejemplo las preguntas¹¹⁵⁵.

En segundo término (ii), la denegación de plano, pura y simple de la información, adoptada con carácter arbitrario por razones de oportunidad política y no amparada en causa legal alguna, o la contestación desfigurada que hace irreconocible o claramente incongruente la respuesta obtenida, si viola el derecho a la información de los diputados que forma parte

¹¹⁵⁴ CANO BUESO, Juan: *El "derecho de acceso a la documentación" de los diputados ...* op. cit., p. 235.

¹¹⁵⁵ Idem, pp. 235-236. Ver además ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: "Sobre el derecho a la documentación de los parlamentarios en la jurisprudencia constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 68, Mayo-Agosto de 2003, pp. 364 y 377-378. Para Arruego, la doctrina del Tribunal es adecuada para las preguntas formuladas al Gobierno como instrumentos de control político, pero no para el derecho a recabar datos, documentos o informes que tiene carácter instrumental para el ejercicio libre de las funciones.

del *status* propio del cargo, del *ius in officium*, garantizado por el artículo 23.2 a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional¹¹⁵⁶.

En tercer y último lugar (*iii*), con relación a otros derechos y bienes constitucionales en juego como los derechos al honor y a la intimidad, y las declaraciones de materias clasificadas por secretos oficiales y del secreto sumarial, la denegación de la información invocando alguna de dichas razones o alguna causa legal, requerirá ser revisada casuísticamente, para examinar caso por caso si los argumentos aducidos por el Gobierno están suficientemente motivados en derecho¹¹⁵⁷.

Así, en este sentido, la alegación del Gobierno del secreto sumarial para justificar la denegación la información solicitada, está sujeta al control jurisdiccional sobre su validez en los casos que se invoque, y se considera injustificada si argumenta consideraciones generales e indeterminadas sobre dicho secreto y el fin abstracto de evitar filtraciones y juicios paralelos, sin que se motive específicamente cuál es el secreto de que se trata ni por qué se afectaría por la información. Así, lo establece la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, frente a la denegación por secreto sumarial por parte de la Generalidad Valenciana a proporcionar datos relativos a los contratos administrativos suscritos con ciertas empresas por ser objeto de investigación judicial por el caso Gürtel, solicitados por los **diputados de las Cortes Valencianas**¹¹⁵⁸.

Los diputados de las Cortes Valencianas habían solicitado a través de la presidencia de la cámara que el Gobierno de la Generalidad Valenciana proporcione la relación de los contratos menores suscritos entre 2003 y 2008 por las consejerías y determinadas empresas, y los datos del expediente, objeto de adjudicación, cuantía y forma de pago. Pero, el Consejo de Gobierno respondió que no podía facilitar la información relativa a dichas empresas que estaban siendo investigadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que había declarado el secreto del sumario.

Mediante el proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los diputados impugnaron dicha decisión por entender que vulneraba el artículo 23.2 de la

¹¹⁵⁶ *Idem*, p. 236.

¹¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹¹⁵⁸ STS 1025/2013, de 25 de febrero.

Constitución Española. En este proceso, contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Valencia que estimó el recurso contencioso-administrativo, la Generalidad Valenciana interpuso Recurso de Casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo determina en este caso que la existencia de un proceso penal no es obstáculo para que las asambleas legislativas controlen la acción del Gobierno, tampoco los argumentos generales e indeterminados que aleguen que proporcionar dicha documentación propiciaría un juicio paralelo. Por ello, el secreto sumarial alegado en términos indeterminados no es razón que justifique la negativa a facilitar datos acerca de los contratos que nada dicen del proceso penal por ser previos a él y no tienen carácter secreto, sino todo lo contrario dado que la investigación sumarial es secreta si así lo dispone el juez instructor. Por tanto, concluye que el Gobierno Valenciano incumplió su obligación de facilitar la información pues no había una razón fundada en derecho que ampare su posición, e incurrió en infracción de los derechos de los diputados reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución¹¹⁵⁹.

Si bien es cierto que estaba descartada la posibilidad de la fiscalización judicial de las irregularidades producidas en el ámbito de las relaciones políticas del Gobierno con el Parlamento¹¹⁶⁰, el Tribunal Supremo recuerda que el propio Tribunal Constitucional agregó que dicha doctrina no excluía que excepcionalmente en el desarrollo de este tipo de relaciones pueda vulnerarse el derecho fundamental de los parlamentarios reconocido por el artículo 23 de la Constitución, ya sea por parte del Ejecutivo o de los propios órganos de las cámaras parlamentarias, si se les impidiese o coartase el ejercicio de la función parlamentaria¹¹⁶¹.

De esta manera, el Tribunal Supremo concluyó que el Gobierno valenciano incumplió su obligación de facilitar la información que se le había pedido pues no había razones fundadas en derecho que amparen su posición y, por tanto, incurrió en infracción del artículo 23.2 de la Constitución¹¹⁶².

¹¹⁵⁹ Idem, F.J. 7.

¹¹⁶⁰ STC 220/1991, de 25 de noviembre, F.J. 5; y, STS 1025/2013, de 25 de febrero, F.J. 8.

¹¹⁶¹ STS 1025/2013, de 25 de febrero, F.J. 8; y, STC 220/1991, de 25 de noviembre, F.J. 5.

¹¹⁶² STS 1025/2013, de 25 de febrero, F.J. 7.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania nos ayuda a desarrollar y diferenciar adecuadamente las obligaciones jurídicas que tiene el Gobierno frente a las solicitudes de información del Parlamento, tutelables jurisdiccionalmente mediante el conflicto entre órganos constitucionales a instancia de fracciones de órganos, y el ámbito de las decisiones, juicios y opiniones políticas no controlables en sede judicial, pero si al control y debate político propio de las relaciones Gobierno y Parlamento, o mejor dicho Gobierno y oposición o mayoría y minoría parlamentaria.

En dicho país, los parlamentarios y las minorías opositoras defienden sus derechos y atribuciones frente al Gobierno y a la mayoría parlamentaria a través del conflicto entre órganos constitucionales a instancia de fracciones de órganos. Por ello, una alternativa de solución al amparo, es modificar las normas procesales para incluirlo en el proceso de conflicto de competencia ante el Tribunal Constitucional¹¹⁶³. En España, la ausencia de previsión general para el planteamiento del conflicto a instancias de un diputado o de un grupo parlamentario impide, de plano, su conocimiento por el Tribunal Constitucional¹¹⁶⁴.

La extensión de la legitimación para que las fracciones de órganos promuevan los conflictos es innecesaria porque el Tribunal ha hecho, correctamente, una interpretación amplia del artículo 23 de la Constitución y el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal, configurando una vía de acceso a la justicia constitucional a través del recurso de amparo a

¹¹⁶³ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos ...* op. cit., p. 309; GARCÍA ROCA, F. Javier: *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 30-31 y 86-88; BIGLINO CAMPOS, Paloma: "Las facultades de los parlamentarios ¿son derechos fundamentales?" op. cit., pp. 98-99; GÓMEZ MONTORO, Ángel J.: *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 116-117 y 164-165; y, GÓMEZ MONTORO, Ángel J.: "Los procesos de resolución de conflictos constitucionales", en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, GÓMEZ MONTORO, Ángel J., MEDINA GUERRERO, Manuel y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Madrid, MacGraw-Hill, 1997, p. 112. Gómez Montoro opina que sería conveniente que el conflicto pudiera plantearlo, en nombre de la cámara, una determinada minoría, pues será relativamente normal que el Gobierno cuente con mayoría, y difícil que, aunque exista invasión competencial, el posible conflicto llegue a plantearse.

¹¹⁶⁴ CANO BUESO, Juan: *El "derecho de acceso a la documentación" de los diputados ...* op. cit., p. 201; y, GÓMEZ MONTORO, Ángel J.: "Los procesos de resolución de conflictos constitucionales" op. cit., pp. 111-112. Gómez Montoro señala que, según el artículo 59.3 LOTC, son sujetos legitimados *ad proesum* el Congreso, el Senado, el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial, pero específicamente el Pleno de cada uno de estos órganos, que puede suscitar el conflicto cuando considere que otro de ellos adopta decisiones asumiendo atribuciones que la Constitución o las leyes le confieren a él.

favor de los parlamentarios, que ha venido satisfaciendo plenamente sus necesidades en sus enfrentamientos con los órganos de las cámaras¹¹⁶⁵.

El Tribunal Constitucional Alemán emitió la Resolución de 25 de marzo de 1981 declarando inadmisibile el conflicto orgánico planteado, subsidiariamente reclamación constitucional, por el **Partido NPD** (*National-demokratische Partei Deutschlands*) frente a la respuesta del Gobierno Federal a la pregunta parlamentaria formulada por tres diputados y la fracción del CDU/CSU, por considerar que el Gobierno infringía el artículo 21.1 de la GG por haber declarado a través del Ministro del Interior ante el Bundestag que el NPD y su organización juvenil persiguen fines contrarios a la Constitución, ensalzan el régimen de fuerza nacionalsocialista, y tienen objetivos inspirados en una colectivismo popular con rasgos claramente racistas¹¹⁶⁶.

La pregunta de los diputados interrogaba si los hechos y el programa y actividades de los dirigentes de sus organizaciones permitían afirmar que el Partido Democrático Nacional de Alemania (*National-demokratische Partei Deutschland*) y los Jóvenes Demócratas Nacionales (*Jungen Nationaldemokraten*) persiguían finalidades enemigas a la Constitución. La respuesta del Ministro del Interior señalaba que la finalidad contraria a la Constitución del NPD resultaba de su concepción del colectivismo popular, derivada de la ideología nacional socialista y justificada biológicamente con claros rasgos racistas, incompatible con los derechos fundamentales, los comunicados del partido ensalzaban el régimen nacional socialista, la comisión de estrategia del partido exigía la reorganización del mismo para transformarlo de un partido de electores en un partido de cuadros, en una comunidad de lucha, y los Jóvenes Demócratas Nacionales representaban las ideas de su partido matriz pero adoptando una actitud más agresiva.

El Tribunal declaró inadmisibile el conflicto y la reclamación subsidiaria, por estimar que: uno (*i*), el derecho de los parlamentarios a formular preguntas e interpelaciones, impone

¹¹⁶⁵ TORRES MURO, Ignacio: *La legitimación en los procesos constitucionales*, Madrid, Editorial Reus, 2007, p. 178; y, CANO BUESO, Juan: *El "derecho de acceso a la documentación" de los diputados ... op. cit.*, pp. 200-201. Cano Bueso advierte que el conflicto no podría ser interpuesto por ninguno de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, por cuanto éstos carecen de legitimación activa legalmente conferida (p. 200).

¹¹⁶⁶ Resolución del Tribunal Constitucional Alemán de 25 de marzo de 1981, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, N° 11, Marzo de 1982, pp. 246-251.

a los miembros del Gobierno Federal la obligación constitucional de contestar, debatir tales cuestiones y proporcionar a los diputados la información que necesitan para el ejercicio de su mandato; dos *(ii)*, la contestación a una pregunta parlamentaria se agota en la comunicación de los hechos y en la expresión de una opinión política que carece de efectos jurídicos externos; tres *(iii)*, la opinión del Ministro Federal del Interior expuesta en la contestación a la pregunta no representó ni una intervención administrativa contra el NPD ni una infracción de la Constitución que pueda ser alegada por el NPD; y, cuatro *(iv)*, las manifestaciones del Ministro impugnadas por el demandante son juicios de valor emitidos por el Ministro al contestar una pregunta en una materia de su competencia, de los que no se derivan efectos jurídicos.

De esta sentencia se aprecian argumentos relevantes para una revisión y mejora de la jurisprudencia española, en el sentido que fija *(i)* que hay obligación constitucional (jurídica) del Gobierno de informar y contestar, y ésta es controlable judicialmente vía el conflicto entre órganos constitucionales, que puede ser ejercido también a través del recurso de amparo en España y si se incorpora el conflicto a instancia de fracciones de órganos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y *(ii)* que lo que no es controlable en sede judicial es el contenido de la respuesta en cuanto tenga juicios u opiniones políticas, pertenecientes al ámbito del control político del Parlamento.

A solicitar la creación de una comisión de investigación.-

En un recurso de amparo, los **diputados de los Grupos Parlamentarios de Izquierda Unida y Socialista** reclamaron el acuerdo de Mesa de la Asamblea de Madrid que inadmitió la solicitud de crear una comisión de investigación sobre el contrato de concesión de obra pública de la línea ferroviaria de transporte público entre Madrid y Rivas-Vaciamadrid y Arganda del Rey. Aquí, el Tribunal Constitucional establece que la iniciativa de los parlamentarios de crear una comisión investigadora pertenece al núcleo de la función representativa parlamentaria, garantizada por el artículo 23.2 de la Constitución Española, por pretender ejercer la función de control del gobierno.

Sin dejar de advertir el debate doctrinario sobre su naturaleza, las comisiones de investigación, como las preguntas y las interpelaciones, son fundamentalmente instrumentos

de control político de las minorías opositoras sobre el Gobierno¹¹⁶⁷, porque las minorías están interesadas en mostrar y criticar los defectos y las contradicciones de la política del Ejecutivo para conseguir que el electorado cambie de opción en las elecciones siguientes, y facilitarles dicha tarea repercute en el bien del sistema en su conjunto porque es necesario que quienes ostentan el poder se vean limitados por la supervisión de sus actividades por parte de los grupos opositores¹¹⁶⁸.

En este sentido, la única razón de ser de una comisión de investigación radica en la existencia de un asunto de enorme magnitud social que requiera ser investigado por la presunta responsabilidad en la que pudiera haber incurrido el Gobierno. Como la acción del Gobierno está sometida al control parlamentario, las distintas fuerzas políticas integrantes de una comisión de investigación deberán recabar la información precisa de lo acontecido, investigar todos aquellos aspectos controvertidos, y finalmente verificar la acción del Gobierno para depurar responsabilidades políticas¹¹⁶⁹.

El artículo 75.1 del Reglamento de la Asamblea de Madrid dispone que la Mesa, a propuesta de las dos quintas partes de los miembros de la asamblea, acuerda la creación de una comisión de investigación sobre un asunto de interés público en el ámbito de competencias de la Comunidad de Madrid. Esta disposición se interpreta en el sentido que garantiza a la oposición parlamentaria que pueda valerse de este tipo de iniciativas acorde con la naturaleza de este tipo de comisiones como órganos a través de los cuales la oposición puede ejercer su función de control político¹¹⁷⁰.

La Mesa acordó no admitir a trámite la iniciativa presentada por los diputados por no aparecer el requisito del interés público exigido por el Reglamento. Según la Mesa, este tipo de comisiones tienen que versar sobre asuntos que afecten a los intereses de la

¹¹⁶⁷ TORRES MURO, Ignacio: *Las comisiones parlamentarias de investigación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 25; GARCÍA MAHAMUT, Rosario: *Las comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 150-159; GUDE FERNÁNDEZ, Ana: *Las comisiones parlamentarias de investigación*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2000, pp. 26-29; y, TORRES BONET, María: *Las comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1998, pp. 86-87.

¹¹⁶⁸ Idem, pp. 24-25.

¹¹⁶⁹ GARCÍA MAHAMUT, Rosario: *Las comisiones parlamentarias de investigación ... op. cit.*, p. 159.

¹¹⁷⁰ STC 88/2012, de 7 de mayo, F.J. 5.

comunidad, y excluye de su ámbito los asuntos de interés particular que no tienen trascendencia para la ciudadanía por más que puedan ser de interés del público¹¹⁷¹.

Para el Tribunal, el contrato de concesión de obra pública para el proyecto, ejecución de obra y gestión del servicio público de la línea ferroviaria de transporte público de viajeros con infraestructura propia, entre Madrid y los municipios de Rivas-Vaciamadrid y Arganda del Rey, y el riesgo a que pudieran estar expuestos los usuarios del mismo, es una cuestión de interés general sobre la que tiene competencia la Comunidad de Madrid¹¹⁷².

En consecuencia, el Tribunal constató en este caso que la Mesa de la Asamblea rechazó crear la comisión de investigación propuesta por motivos que no están justificados en el reglamento parlamentario, limitando indebidamente las facultades de los parlamentarios recurrentes en amparo, y vulnerando, por ello, su derecho fundamental a ejercer su cargo público garantizado por el artículo 23.2 de la Constitución¹¹⁷³.

A solicitar comparecencias en comisión.-

En recursos de amparo, el **Grupo Parlamentario Socialista** reclamó los acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados que inadmitieron las solicitudes de comparecencias de los Presidentes de Telefónica de España S.A. y de Empresa Nacional de Electricidad S.A. ante las Comisiones de Infraestructuras y de Industria, Turismo y Energía. En estos casos, el Tribunal Constitucional establece que la facultad de proponer las comparecencias prevista por el Reglamento del Congreso de los Diputados, forma parte del *ius in officium* de los diputados y del núcleo básico de la función parlamentaria reconocida por el artículo 23.2 de la Constitución Española.

Así, el Tribunal señala que en virtud de la práctica parlamentaria no cabe ninguna duda que la facultad de proponer las comparecencias a las que hace referencia el artículo 44 del Reglamento del Congreso, forman parte del *ius in officium* de los diputados. Además, en

¹¹⁷¹ Ibidem.

¹¹⁷² Ibidem.

¹¹⁷³ Idem, F.J. 6.

cuanto a su finalidad del control del Gobierno, dicha facultad está incluida dentro del núcleo básico de la función parlamentaria garantizado por el artículo 23.2¹¹⁷⁴.

Como en otras formas de ejercicio de las facultades de los parlamentarios, el Tribunal reiteró que el control que la Mesa ejerce sobre los escritos y documentos presentados es un examen de la viabilidad formal de tales propuestas, que excluye cualquier juicio de oportunidad. Asimismo, puede incluir una verificación liminar de la conformidad a derecho de la pretensión deducida, junto a un juicio de calificación sobre la idoneidad o procedencia del procedimiento parlamentario elegido¹¹⁷⁵.

No obstante ello, en la decisión sobre la admisión de la propuesta, la Mesa no puede desconocer, en ningún caso, que son manifestación del ejercicio de un derecho de los parlamentarios, y, por ello, cualquier rechazo arbitrario o no motivado lesiona dicha facultad, y, a su través, viola el derecho fundamental del diputado a desarrollar sus funciones sin impedimentos ilegítimos¹¹⁷⁶.

La Mesa del Congreso había inadmitido la solicitud de comparecencia del Presidente de Telefónica de España S.A. por la inexistencia de un procedimiento parlamentario en curso ante la comisión para proporcionarle información y asesoramiento según el artículo 44.4 del Reglamento. Al respecto, el Tribunal concluyó que dicha decisión vulneró el derecho reconocido a los recurrentes por el artículo 23.2 de la Constitución, porque la comparecencia no fue solicitada con ninguna finalidad de asesoramiento, sino con la finalidad de que el compareciente informara a la comisión sobre los datos de que dispusiera sobre la compra de parte del accionariado de Antena 3 Televisión S.A., por parte de Telefónica de España S.A., en su condición de Presidente de esta última, que incluían las eventuales relaciones que Telefónica de España y el Gobierno hubieran podido mantener en torno a dicha operación y que comprometían la responsabilidad política del Gobierno¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁴ STC 177/2002, de 14 de octubre, F.J. 5.

¹¹⁷⁵ Ibidem. Ver además PULIDO QUECEDO, Manuel: "Parlamento y diputado ..." op cit., p. 76; STC 89/2005, de 18 de abril, F.J. 3; y, STC 90/2005, de 18 de abril, F.J. 3.

¹¹⁷⁶ STC 177/2002, de 14 de octubre, F.J. 5.

¹¹⁷⁷ Idem, F.J. 9.

Para el Tribunal, ninguna razón había para que la Mesa decidiera admitir a trámite las solicitudes de comparecencia del Ministro de Fomento y del Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y no la del Presidente de Telefónica de España S.A., máxime cuando la admisión de las dos primeras conllevaba automáticamente la existencia de un procedimiento parlamentario en curso ante la Comisión de Infraestructuras, que la Mesa debió apreciar al resolver la solicitud de reconsideración formulada por el grupo parlamentario en relación con el primer acuerdo de inadmisión adoptado por la misma¹¹⁷⁸.

En relación a la inadmisión de la solicitud de comparecencia del Presidente de la Empresa Nacional de Electricidad S.A., el Tribunal subrayó que la argumentación del acuerdo en el sentido de que el porcentaje de participación pública en el capital de dicha empresa era inferior al 50% en la fecha de presentación de la solicitud de comparecencia, no resulta razonable para denegar dicha comparecencia, porque la pretensión de información se refería a una actuación de la empresa en un momento en que ninguna de las partes discutía que fuera pública¹¹⁷⁹.

En consecuencia, en relación a las dos solicitudes de comparecencia inadmitidas por los acuerdos de la Mesa del Congreso, el Tribunal concluyó que vulneraron el *ius in officium* de los parlamentarios recurrentes, y lesionaron el derecho al desempeño de las funciones y cargos públicos de conformidad con lo dispuesto por las leyes, garantizado por el artículo 23.2 de la Constitución Española¹¹⁸⁰.

A interpelaciones.-

En el recurso de amparo interpuesto por el **diputado y portavoz del Grupo Parlamentario Popular** contra el acuerdo de Mesa de la Asamblea Regional de Murcia de no admitir a trámite un pedido de interpelación dirigida al Consejo de Gobierno de la comunidad, el Tribunal Constitucional señala que la facultad que tienen los diputados para formular interpelaciones al Consejo de Gobierno prevista por el Estatuto de Autonomía y el

¹¹⁷⁸ Ibidem.

¹¹⁷⁹ Idem, F.J. 10.

¹¹⁸⁰ Idem, F.Js. 9-10.

Reglamento de la cámara, pasa a formar parte del contenido del *ius in officium*, protegido por el derecho fundamental reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución Española¹¹⁸¹.

El Tribunal explica que el Estatuto de Autonomía reconoce a los diputados regionales el derecho a formular preguntas, interpelaciones y mociones en los términos en que se determine reglamentariamente, y dicho derecho, por tanto, pasa a formar parte del contenido del *ius in officium* de cada uno de los miembros de la Asamblea Regional de Murcia, como instrumentos de información propia para el control del Ejecutivo, que forma parte de la función de su investidura parlamentaria¹¹⁸².

Además, las interpelaciones son las solicitudes de explicación dirigidas al Consejo de Gobierno para que exponga las razones de su actuación o la de alguna de sus Consejerías, en determinados aspectos o realizaciones concretas de su política; destacándose el carácter específico de las interpelaciones, según las entiende el Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia, que han de tener como tema aspectos o realizaciones concretas¹¹⁸³. Como se puede observar, la noción transcrita de interpelación es diferente, por no decir opuesta, a la que se mantiene en la mayoría de las cámaras españolas¹¹⁸⁴.

En tal sentido, el Tribunal desestimó el recurso de amparo por considerar que la Mesa no desconoció ni menoscabó el derecho fundamental invocado en los términos previstos por el reglamento, y adoptó un acuerdo razonable que rechazó la interpelación en el sentido que la lectura del texto ponía de manifiesto su talante global o genérico¹¹⁸⁵. Esto significa que la Mesa objetó la generalidad y el carácter abstracto de su contenido, en discordancia con la

¹¹⁸¹ MOLERO ALONSO, Diego: *Las interpelaciones parlamentarias*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2003, pp. 350-352.

¹¹⁸² STC 225/1992, de 14 de diciembre, F.J. 2.

¹¹⁸³ Idem, F.Js. 2 y 4.

¹¹⁸⁴ DE LA PEÑA RODRÍGUEZ, Luis: "La función de control en la jurisprudencia constitucional" op. cit., p. 531; y, MOLERO ALONSO, Diego: *Las interpelaciones parlamentarias* op. cit., p. 300. Molero Alonso se refiere a las disposiciones de los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, en el primero (i), el artículo 181.1 señala que las interpelaciones versan sobre los motivos o propósitos de la conducta del Ejecutivo en cuestiones de política general, bien del Gobierno o de un departamento ministerial, y en el segundo (ii), el artículo 170.2 indica que versan sobre la política del Ejecutivo en cuestiones de interés general. A diferencia de ellas, el objeto de las preguntas orales en el Pleno se refiere a la formulación de una sola cuestión, interrogando sobre un hecho, una situación o una información al Gobierno en relación con un asunto o algún documento o algún extremo de una información que debe remitir.

¹¹⁸⁵ STC 225/1992, de 14 de diciembre, F.J. 4; y, MOLERO ALONSO, Diego: *Las interpelaciones parlamentarias* op. cit., p. 351.

concreción del objeto sobre el que deben versar las interpelaciones según el reglamento¹¹⁸⁶. Por ello, además agrega la sugerencia de que para la finalidad pretendida utilice los procedimientos parlamentarios adecuados, como el debate general o monográfico y la sesión informativa conforme al reglamento¹¹⁸⁷.

A preguntas.-

Además del caso anterior, en el recurso de amparo promovido por el **diputado y portavoz del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Los Verdes Antonio Dólera** contra el acuerdo de Mesa de la Asamblea Regional de Murcia que inadmitió una pregunta dirigida al Consejo de Gobierno, el Tribunal Constitucional señala que la facultad de formular preguntas al Consejo de Gobierno pertenece al núcleo de la función representativa parlamentaria en cuanto está relacionada con la función de control del Gobierno, y se constituye en una manifestación del *ius in officium*, protegido por el derecho fundamental reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución.

Como se aprecia de la sentencia, el Tribunal también centró la cuestión en el artículo 23.2, y en concreto en el *status* del parlamentario, que goza de un haz de derechos entre los cuales se encuentra el derecho a obtener información a través del ejercicio del derecho de preguntar, que constituye a la vez un medio inspectivo y de control del Gobierno¹¹⁸⁸. El Tribunal afirma con énfasis que no cabe duda alguna de que la facultad de formular preguntas al Consejo de Gobierno para su respuesta oral en el Pleno de la cámara, en la forma y con los requisitos que el mismo reglamento establece, corresponde a los diputados de la Asamblea Regional de Murcia, y que dicha facultad pertenece al núcleo de su función representativa parlamentaria, pues la participación en el ejercicio de la función de controlar la acción del Gobierno y el desempeño de los derechos y facultades que la acompañan constituye una función constitucionalmente relevante del *ius in officium* del representante¹¹⁸⁹.

En este caso, la Mesa de la Asamblea de Murcia fundó su decisión de inadmisión de la pregunta formulada en un argumento material o de fondo, que era que la Comunidad

¹¹⁸⁶ DE LA PEÑA RODRÍGUEZ, Luis: "La función de control en la jurisprudencia constitucional" op. cit., p. 533.

¹¹⁸⁷ STC 225/1992, de 14 de diciembre, F.J. 4.

¹¹⁸⁸ PULIDO QUECEDO, Manuel: "Parlamento y diputado ..." op cit., pp. 79-80.

¹¹⁸⁹ STC 107/2001, de 23 de abril, F.J. 4.

Autónoma de Murcia no tenía en dicho momento transferidas las competencias en materia educativa, y que venía avalada por la doctrina del Auto del Tribunal 155/1993, que había confirmado una decisión anterior de la Mesa de la misma asamblea que inadmitió una moción por versar sobre una materia ajena a las competencias de la comunidad¹¹⁹⁰.

Precisamente, dicha doctrina fue superada por la establecida en la STC 124/1995, por la que ya no puede fundarse la no tramitación de una pregunta en una causa de inadmisión que descansa en una extralimitación del ámbito de competencias, porque por el alcance jurídico limitado de una pregunta que agota sus efectos en el ámbito de las relaciones institucionales entre el Gobierno y el Parlamento, resulta inidónea para afectar y vulnerar el orden de distribución de competencias¹¹⁹¹.

El Tribunal estimó el recurso de amparo por considerar que la pregunta formulada por el recurrente al Consejo de Gobierno, en primer lugar, no se refería a las actuaciones que pudiera llevar a cabo el Gobierno de la Nación, sino a las del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma; y, en segundo lugar, versaba sobre un asunto que no sólo no excedía del ámbito competencial de la comunidad, sino que tampoco era ajeno a la acción política del Consejo de Gobierno, ni a los intereses de la comunidad¹¹⁹². Ello porque en la comunidad hay una Dirección General de Educación con competencias en materia educativa y existen convenios de colaboración con la administración del Estado sobre construcción de institutos de secundaria en varios ayuntamientos de la Región de Murcia, por lo que se produjo una lesión del artículo 23.2 al no tramitarse la pregunta¹¹⁹³.

A mociones y proposiciones no de ley.-

En otro recurso de amparo, el **senador y portavoz del Grupo Parlamentario del Senado “Convergencia I Unió”** reclamó los acuerdos de Mesa del Senado que resolvieron no admitir la moción presentada por dicho grupo sobre el uso de las lenguas oficiales en

¹¹⁹⁰ PULIDO QUECEDO, Manuel: “Parlamento y diputado ...” op cit., p. 80.

¹¹⁹¹ Ibidem. Para el autor, el Tribunal matizó la tesis de la inidoneidad de un criterio competencial para inadmitir una pregunta, afirmando que si sería posible que la Mesa rechace aquellas preguntas cuyo contenido, en un examen liminar, resultase manifiesta e inequívocamente ajenos a la acción del Consejo de Gobierno y su Presidente (pp. 80-81).

¹¹⁹² STC 107/2001, de 23 de abril, F.J. 9.

¹¹⁹³ PULIDO QUECEDO, Manuel: “Parlamento y diputado ...” op cit., p. 81.

España en las actividades parlamentarias. El Tribunal Constitucional establece que la facultad de presentar mociones para que sean tramitadas y deliberadas por el Pleno de la cámara prevista por el Reglamento de la misma forma parte del estatus del cargo representativo y del *ius ut procedatur* de los parlamentarios en cuanto a la función de impulso y control político del Gobierno, protegido por el derecho fundamental al ejercicio y desempeño del cargo reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución Española.

Considerar que el derecho a presentar mociones y proposiciones no de ley forma parte del estatus del cargo representativo y de la función de impulso y control político, implica que la calificación de las Mesas de las cámaras venga determinado por su carácter formal y material, salvo que las iniciativas sean contrarias a derecho por ser inconstitucional, y debe regir el criterio del *ius ut procedatur*, para proceder a su admisión y tramitación a fin de que el Pleno de la cámara se pronuncie sobre tal iniciativa¹¹⁹⁴.

La Mesa había inadmitido la moción alegando que contravenía la Constitución y que la aprobación de la moción produciría una reforma del artículo 3 de la Constitución Española sin haber cumplido los criterios subjetivos y requisitos objetivos previstos por los artículos 166 y 168 de la misma Constitución. Al respecto, para el Tribunal, la inconstitucionalidad de la moción controvertida no resultaba manifiesta e inequívoca, por ello, la Mesa no debió acordar su inadmisión a trámite, hurtando juicios de oportunidad política que, conforme al procedimiento recogido en los artículos 174 y siguientes del Reglamento del Senado, sólo correspondían al Pleno¹¹⁹⁵.

Para el Tribunal, si bien del reglamento parlamentario aparece una regla especial que permite rechazar mociones ya votadas por el Senado en el mismo período de sesiones, la intervención de la Mesa no puede prejuzgar el éxito o la oportunidad política de la moción, sino que debe limitarse a controlar su regularidad jurídica y viabilidad procedimental. Sólo cuando el contenido de la moción sea inequívocamente extraño a las finalidades establecidas para estas mociones o sea manifiestamente contraria a derecho o inconstitucional, el

¹¹⁹⁴ Idem, p. 84.

¹¹⁹⁵ STC 205/1990, de 13 de diciembre, F.J. 7.

reglamento permite acordar la inadmisión por la Mesa, pues del contenido de la pretensión deducida debe ocuparse el Pleno con independencia del sentido en que lo haga¹¹⁹⁶.

La decisión de inadmisión de la Mesa es legítima siempre y cuando no se esconda un juicio sobre la oportunidad política porque el órgano que sirve de instrumento para el ejercicio por los ciudadanos de la soberanía participando de los asuntos públicos por medio de representantes es la propia cámara, en Pleno o en comisiones, no sus Mesas, que cumplen la función jurídico-técnica de ordenar y racionalizar el funcionamiento de las cámaras para su mayor eficiencia, como foro de debate y participación en la cosa pública¹¹⁹⁷.

La moción ni presentaba irregularidades formales ni podía estimarse que en aquel momento de la tramitación su contenido resultase manifiestamente contrario a derecho por inconstitucional, porque la ordenación del pluralismo lingüístico presenta una notable complejidad que hace difícil admitir que la moción presentada resulte tan inequívocamente inconstitucional que justifique su inadmisión liminar por la Mesa del Senado. Por el contrario, el carácter inconstitucional de su contenido no resulta en modo alguno manifiesto e indubitado, en un juicio liminar como es el que corresponde efectuar a la Mesa¹¹⁹⁸.

Por tal razón, la indebida inadmisión a trámite de la moción por la Mesa infringió el *ius ut procedatur* de los senadores del grupo parlamentario recurrente, en la medida en que excluyó su derecho a intervenir en el Pleno, disponiendo de los turnos de palabra dispuestos reglamentariamente, y a que fuera convenientemente discutida y deliberada por la cámara, pronunciándose sobre el fondo de la misma, sea cual fuera el sentido de este pronunciamiento¹¹⁹⁹.

En el recurso de amparo promovido por la **diputada y portavoz del Grupo Parlamentario Compromís de las Cortes Valencianas Mónica Oltra Jerque**, el Tribunal Constitucional estableció que el acuerdo de la Mesa que dispuso la inadmisión a trámite de la proposición no de ley presentada por ella, que carecía de motivación expresa, suficiente y

¹¹⁹⁶ Idem, F.J. 6.

¹¹⁹⁷ CANO BUESO, Juan: "Las funciones de los diputados" op. cit., p. 152.

¹¹⁹⁸ PULIDO QUECEDO, Manuel: "Parlamento y diputado ..." op cit., p. 85.

¹¹⁹⁹ STC 205/1990, de 13 de diciembre, F.J. 7; y, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco J.: "El derecho fundamental al debate parlamentario" op. cit., pp. 279-280.

adecuada de las normas aplicadas, se traduce en una limitación del ejercicio del derecho a formular proposiciones no de ley de la recurrente, que se integra en el estatuto constitucionalmente relevante de los representantes políticos¹²⁰⁰.

Para el Tribunal, la Mesa de la cámara no puede en ningún caso desconocer que una iniciativa parlamentaria es manifestación del ejercicio del derecho del parlamentario que la formula, y por ello, cualquier rechazo arbitrario o no motivado de forma suficiente causa lesión del derecho fundamental del diputado a desarrollar sus funciones sin impedimentos legítimos, reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución¹²⁰¹.

En el recurso de amparo promovido por el **diputado Leopoldo Barreda de los Ríos y otros diputados del Grupo Parlamentario Popular** contra los acuerdos de Mesa del Parlamento Vasco que acordó no admitir a trámite la proposición no de ley para debate en el Pleno sobre un requerimiento al Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, el Tribunal Constitucional considera que la facultad de formular mociones y proposiciones no de ley forma parte del núcleo de la función representativa parlamentaria en cuanto permiten la deliberación y el debate político del Parlamento sobre el asunto de que trate, haciendo posible la participación de los parlamentarios en las funciones de dirección e impulso político y de control al Gobierno, constituyendo una manifestación constitucionalmente relevante del ejercicio del cargo de representante parlamentario.

Así, el Tribunal destacó que no cabe duda que la facultad de presentar proposiciones no de ley a fin de promover la deliberación en el Parlamento sobre un tema determinado, en la forma y con los requisitos previstos reglamentariamente, corresponde a los grupos parlamentario, y que dicha facultad pertenece al núcleo de la función representativa parlamentaria, pues la posibilidad de promover la deliberación y toma de posición de la cámara sobre un determinado asunto, e instar a la adopción de directrices o mandatos carentes de efectos jurídicos vinculantes, permite participar en la función de dirección e impulso político y en el control de la acción de Gobierno, constituyendo una manifestación constitucionalmente relevante del ejercicio del cargo de representante parlamentario¹²⁰².

¹²⁰⁰ STC 212/2016, de 15 de diciembre, F.J. 6.

¹²⁰¹ STC 212/2016, de 15 de diciembre, F.J. 5.

¹²⁰² STC 40/2003, de 27 de febrero, F.J. 3.

La decisión de la Mesa de inadmitir la proposición de ley estaba motivada en que la propuesta de mandato en ella recogida, no encontraba cobertura en la función que al Tribunal Vasco de Cuentas Públicas confiere el artículo 3.2 de su Ley, de asesorar al Parlamento en materia económica-financiera a requerimiento del propio Pleno de la cámara¹²⁰³. Es decir, que dicha ley no la habilitaba para hacer ese tipo de consultas¹²⁰⁴.

Para el Tribunal, en este asunto, denegar la admisión a trámite de la proposición no de ley con base en la posibilidad de que el mandato propuesto a la cámara no encontrase cobertura legal en las funciones atribuidas al Tribunal Vasco de Cuentas Públicas es de todo punto inadecuado para impedir el ejercicio del derecho constitucional de los demandantes¹²⁰⁵ porque, en primer lugar, la iniciativa entrañaba una mera propuesta a la cámara, que podía aceptarla o no, o modificar los términos de la misma; en segundo lugar, carecía de efectos jurídicos vinculantes en caso de ser aprobada; y, por último, porque no le corresponde a la Mesa de la cámara en el trámite de calificación y admisión a trámite la tarea de ponderar y valorar el ámbito legal de actuación del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas¹²⁰⁶.

En este sentido, la causa implícita en el que se sustentaba la decisión de inadmisión a trámite no encontraba cobertura legal en la facultad reglamentaria de la Mesa de la cámara de calificar y admitir o no a trámite las proposiciones no de ley. Por ello, los acuerdos impugnados cercenaron arbitraria e indebidamente el derecho del grupo parlamentario proponente, y el de los diputados que lo integran, a ejercer, sin traba ilegítima alguna, las funciones que el reglamento parlamentario les confiere, habiendo hurtado además al Pleno del Parlamento la posibilidad que los parlamentarios y grupos puedan debatir y pronunciarse sobre la iniciativa propuesta¹²⁰⁷.

Para el Tribunal, sobre esta posibilidad, la facultad de hacer el uso de la palabra e intervenir en los debates parlamentarios está relacionada con el núcleo de la función representativa, como instrumento de deliberación, expresión de las posturas propias y del

¹²⁰³ Idem, F.J. 7.

¹²⁰⁴ PULIDO QUECEDO, Manuel: "Parlamento y diputado ..." op cit., p. 86.

¹²⁰⁵ STC 40/2003, de 27 de febrero, F.J. 7.

¹²⁰⁶ Ibidem.

¹²⁰⁷ STC 40/2003, de 27 de febrero, F.J. 7; y, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco J.: "El derecho fundamental al debate parlamentario" op. cit., pp. 280-281.

control al Gobierno. Por ello, en un caso, la supresión de un grupo parlamentario y la asignación al grupo mixto en cuanto reduce los tiempos de uso de la palabra, si se aplica después de iniciada la legislatura, supone la pérdida de parte de las facultades que los diputados disfrutaban con anterioridad¹²⁰⁸.

7.3.- Corte Interamericana de Derechos Humanos.-

La jurisprudencia de la Corte Interamericana reconoce los derechos de acceso y permanencia en los cargos y funciones públicas, más no el ejercicio y desempeño efectivo del cargo y función, en términos similares a la protección internacional-europea mínima del Tribunal Europeo para los cargos de elección popular. Pero, así también, hay sentencias de la Corte que postulan que toda persona titular de derechos políticos debe contar con oportunidades reales para ejercerlos de forma efectiva, y que la participación de los ciudadanos mediante representantes elegidos es un elemento esencial para la existencia de la democracia, no bastando que existan formalmente recursos procesales para su protección sino que se otorgue la posibilidad real de interponerlos y que sean efectivos. Además, en algunos casos se ha pronunciado por reconocer implícitamente la cobertura internacional-americana en relación al ejercicio y desempeño del cargo y función de un parlamentario y representantes políticos, indígenas y sindicales asesinados, y de magistrados destituidos, respectivamente, más que el mero acceso y permanencia en los mismos.

A.- Principios interpretativos.-

Desde su primera resolución, en el caso **Velásquez Rodríguez vs. Honduras**, la Corte Interamericana ha destacado que el objeto y fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos, y por ello, debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo su efecto útil¹²⁰⁹.

En relación al alcance del efecto útil, la Corte ha precisado en el caso **Baena Ricardo y otros vs. Panamá** que los Estados partes deben garantizar el cumplimiento de las

¹²⁰⁸ STC 141/2007, de 18 de junio, F.J. 4.

¹²⁰⁹ Sentencia de CIDH de 26 de junio de 1987 (Excepciones Preliminares), caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 30.

disposiciones convencionales y sus efectos propios en el plano de sus respectivos derechos internos, no sólo este principio se aplica en relación con las disposiciones sustantivas sobre los derechos protegidos, sino también en relación con las normas procesales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas disposiciones contenidas deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente el carácter especial de los tratados de derechos humanos y su implementación colectiva¹²¹⁰.

En el caso **YATAMA vs. Nicaragua**, la Corte declaró que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención, en perjuicio de los candidatos propuestos por YATAMA para participar en las elecciones municipales del 2000¹²¹¹. El partido político regional indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka, conocido como YATAMA, había presentado candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales en las elecciones municipales; pero, el Consejo Supremo Electoral emitió la una resolución excluyendo su participación en dichas elecciones, y privándoles la posibilidad de interponer un recurso judicial efectivo contra dicha decisión para la protección de sus derechos políticos.

Para que el Estado cumpla lo dispuesto por el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso en los términos de aquel precepto, como una garantía y pilar básico del Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. En caso contrario, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado parte¹²¹².

Al comprobar que no existía ningún recurso judicial contra la decisión reclamada y ésta no podía ser revisada si no observaba las garantías del proceso electoral previstas por la ley electoral ni las garantías mínimas previstas por el artículo 8.1 de la Convención, aplicables a dicho proceso; la Corte explicó que a pesar que la Constitución de Nicaragua

¹²¹⁰ Sentencia de CIDH de 28 de noviembre de 2003 (Competencia), caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, párr. 66.

¹²¹¹ Sentencia de CIDH de 23 de junio de 2005, caso YATAMA vs. Nicaragua, párr. 176.

¹²¹² Idem, párrs. 168-169.

había establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral no eran susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, ello no significaba que dicho Consejo no esté sometido a controles judiciales, como lo están los demás poderes del Estado. El principio de independencia de los poderes del Estado no es incompatible con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos¹²¹³.

Además, en relación a los derechos políticos reconocidos por el artículo 23 de la Convención Americana, para la Corte, en toda sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cuyos componentes adquieren significado y sentido completo en función de los otros¹²¹⁴. En dicha dirección, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación, en especial cuando los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales se encuentren en situación de debilidad o desvalimiento¹²¹⁵.

Por otro lado, en el caso **Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**, la Corte Interamericana ha recurrido a la Carta de la Organización de Estados Americanos y a la Carta Democrática Interamericana para destacar la importancia de la democracia en el sistema de protección de los derechos humanos¹²¹⁶, expresando que el derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política¹²¹⁷, que propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político¹²¹⁸.

Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación, y que hacen posible en conjunto el juego democrático. En este sentido, la Corte

¹²¹³ Idem, párr. 174.

¹²¹⁴ Idem, párr. 191.

¹²¹⁵ Idem, párrs. 195 y 201.

¹²¹⁶ Sentencia de CIDH de 6 de agosto de 2008, caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, párrs. 141-142.

¹²¹⁷ Sentencia de CIDH de 23 de junio de 2005, caso YATAMA vs. Nicaragua, párr. 198.

¹²¹⁸ Sentencia de CIDH de 6 de agosto de 2008, caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, párr. 141.

considera que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo, y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención¹²¹⁹.

En este contexto, la protección de los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos, parte de la afirmación de la existencia de esferas individuales con ciertos atributos inviolables de la persona humana que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente; por ello, su protección requiere que los actos estatales que los pudieran afectar no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías destinadas a asegurar que no se vulneren, entre las cuales la más relevante es tales limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución del Estado¹²²⁰.

Con el procedimiento de aprobación de la ley seguido en sede parlamentaria no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su disconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. Sin embargo, si bien es cierto que este procedimiento no impide que la ley aprobada por el Parlamento pudiera ser violatoria de los derechos humanos, también es cierto que constituye un obstáculo para el ejercicio arbitrario del poder. En el supuesto que la ley viole los derechos humanos, es exigible la previsión de un medio de impugnación y control posterior de la misma¹²²¹.

B.- Diseño, implementación, desarrollo y ejecución de funciones públicas.-

En los casos **Apitz Barbera y otros** y **Reverón Trujillo vs. Venezuela**, la Corte Interamericana interpreta que el derecho de acceso en las funciones y cargos públicos incluye el derecho de permanencia como una manera indispensable de garantizar y proteger efectivamente los derechos políticos reconocidos en el artículo 23 de la Convención, a través de facetas que van más allá de la mera permanencia y operan en el desempeño y ejercicio de

¹²¹⁹ Idem, párrs. 140 y 143.

¹²²⁰ Opinión Consultiva de CIDH OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párrs. 21-22.

¹²²¹ Idem, párr. 22.

las funciones públicas, como el diseño, implementación, desarrollo y ejecución, y la garantía de la aplicación de criterios y procedimientos razonables para el ascenso y la suspensión de los funcionarios públicos.

La Corte recordó en el segundo caso que el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas. En relación a la práctica de estas facetas: diseño, implementación, desarrollo y ejecución, ciertamente inherentes al desempeño de las funciones públicas, asegura que es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación¹²²².

C.- Criterios y procedimientos razonables de ascenso y suspensión.-

En el caso **Apitz Barbera y otros**, la Corte inspirada en el Comité de Derechos Humanos explicó que el respeto y garantía de estos derechos se cumplen cuando los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución sean razonables y objetivos¹²²³. El primer y último de estos aspectos se relacionan ciertamente con el acceso y la permanencia, más los dos intermedios: ascenso y suspensión, que tienen aplicación en relación con el desempeño y ejercicio efectivo del cargo y función pública, al quedar también garantizado forma parte del contenido de los derechos políticos reconocidos por el artículo 23.1, literal c, de la Convención.

D.- Derecho a ejercicio del cargo de parlamentario.-

En el caso **Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia**, la Corte Interamericana consideró que la Convención protege los elementos esenciales de la democracia, entre los que se encuentra el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho. Entre los derechos políticos, el artículo 23 de la Convención protege el derecho a ser elegido, que

¹²²² Sentencia de CIDH de 30 de junio de 2009, caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, párr. 139.

¹²²³ Sentencia de CIDH de 5 de Agosto de 2008, caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela, párr. 206.

supone que el titular tenga la oportunidad real de ejercerlos, para lo cual debe adoptar medidas efectivas para garantizar las condiciones necesarias para su pleno ejercicio¹²²⁴.

El Estado Colombiano en este asunto reconoció la responsabilidad internacional por la violación de derechos reconocidos por normas de la Convención, ocurrida por la ejecución extrajudicial del senador Manuel Cepeda, comunicador social y líder del Partido Comunista Colombiano (PCC) y del Partido Unión Patriótica (UP), realizada por parte de agentes oficiales del Ejército por el móvil de persecución política, y por no haber llevado a cabo la investigación judicial y sanción a los responsables.

La Corte constató que el senador Manuel Cepeda manifestaba una oposición crítica a diferentes gobiernos, tanto en su labor periodística como en sus actividades políticas y parlamentarias, y durante el período que fue dirigente de la UP y del PCC, realizó sus actividades sometido a amenazas y hostigamientos permanentes por sus posiciones políticas, con la desprotección por parte de los agentes estatales, que se incrementaron en intensidad hasta que se provocó su muerte¹²²⁵.

En este cuadro permanente de persecución política, el Estado no otorgó condiciones ni las debidas garantías para que el senador Cepeda tuviera una oportunidad real de ejercer el cargo para el que fue democráticamente electo, en particular mediante el impulso de la visión ideológica que representaba a través de su participación libre en el debate público, en ejercicio de su libertad de expresión¹²²⁶.

En este caso, la Corte establece la obligación de los Estados de proteger, otorgando condiciones y garantías debidas, a los parlamentarios de oposición en el desempeño y ejercicio efectivo de sus funciones y actividades políticas, frente a las amenazas, presiones y hostigamientos ilícitos por parte de agentes oficiales, que los privan de las oportunidades y posibilidades concretas de practicarlas. La Corte constató que las amenazas y la desprotección deliberada que enfrentó el senador, motivadas por su participación política, significaron restricciones y presiones indebidas o ilegítimas de sus derechos políticos, de

¹²²⁴ Sentencia de CIDH de 26 de mayo de 2010, caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, párr. 172.

¹²²⁵ Idem, párr. 175.

¹²²⁶ Idem, párr. 176.

libertad de expresión y de libertad de asociación, y también en un quebrantamiento de las reglas del juego democrático¹²²⁷.

Además, al haberse reconocido el móvil político del homicidio, la Corte consideró que la ejecución extrajudicial de un oponente por razones políticas no sólo implica la violación de diversos derechos humanos, sino que atenta contra los principios en que se fundamenta el Estado de Derecho y vulnera directamente el régimen democrático, en la medida que conlleva la falta de sujeción de las distintas autoridades estatales a las obligaciones de protección de derechos humanos y a los órganos que controlan su observancia debida¹²²⁸.

Finalmente, por todo ello, la Corte determinó que el Estado fue responsable por la violación del derecho a la protección de la honra y dignidad, la libertad de expresión, la libertad de asociación y los derechos políticos de la víctima, reconocidos por los artículos 11, 13.1, 16 y 23 de la Convención¹²²⁹.

E.- Ejercicio del cargo de representante político indígena.-

En el caso **Chitay Nech y otros vs. Guatemala**, el dirigente político indígena maya *kaqchiquel* Florencio Chitay fue víctima de su desaparición forzosa en la ciudad de Guatemala por un grupo de sujetos armados que lo subieron a un vehículo en el contexto del conflicto armado interno que vivía el país. La investigación de estos hechos fue realizada por parte de las autoridades con falta de diligencia, produciendo una situación de denegación de justicia en perjuicio de sus familiares.

La Corte advirtió que el patrón de hostigamiento contra la población maya considerada como enemigo interno tuvo como objetivo la vulneración no sólo de sus bases sociales, sino también de sus representantes sociales y políticos. El móvil de la desaparición forzosa de la víctima y de otros que ejercían cargos públicos, fue la intención del Estado de desarticular toda forma de representación contraria a su política de seguridad nacional¹²³⁰.

¹²²⁷ Idem, párr. 177.

¹²²⁸ Ibidem.

¹²²⁹ Idem, párr. 179.

¹²³⁰ Sentencia de CIDH de 25 de mayo de 2010, caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, párr. 108.

Sobre esta política estatal, los peritajes revelaron que la implementación de la doctrina de seguridad nacional tuvo como expresión concreta las desapariciones forzadas de los líderes indígenas, y la persecución de los cuerpos policíacos y militares a los líderes políticos¹²³¹. En este contexto, después de su designación como concejal primero y designación posterior como alcalde del municipio, sufrió amenazas concretas y se vio impedido de ejercer su función pública en servicio de la comunidad¹²³².

En relación a los hechos del caso, la víctima postuló como candidato en la contienda electoral municipal, y resultó electo como concejal primero de un consejo municipal integrado casi en su totalidad por indígenas. Después, asumió la responsabilidad de la alcaldía por la desaparición del alcalde, habiendo recibido notas anónimas que le invitaban a dejar dicho cargo y retirarse del movimiento campesino, puesto que todos estos actos eran tildados como subversivos. Finalmente, sufrió diversos atentados en su contra y de sus familiares, tales como intentos de secuestro y ataques a su casa de habitación, lo que provocó que su familia huyera a la ciudad de Guatemala y alquilarán una habitación¹²³³.

Para la Corte, el hostigamiento y desaparición de la víctima truncó el ejercicio de sus derechos políticos dentro del período comprendido en su cargo, y le impidió cumplir con un mandato y vocación. La comunidad fue privada de la representación de uno de sus líderes en su estructura social, y en el acceso al ejercicio de la participación directa de un líder indígena en las estructuras del Estado, cuando la representación de grupos en situaciones de desigualdad resulta ser una condición necesaria para la inclusión y el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de un Estado plural y democrático¹²³⁴.

Al respecto, la Corte apreció que en el desarrollo de la participación política representativa los elegidos ejercen su función por mandato o designación y en representación de una colectividad, produciéndose una dualidad que recae tanto en el derecho del individuo que participa ejerciendo el mandato o designación, como en el derecho de la colectividad a

¹²³¹ Idem, párr. 109.

¹²³² Idem, párr. 110.

¹²³³ Idem, párrs 72 y 74.

¹²³⁴ Idem, párr. 113.

ser representada. Por ello, la violación del primero repercute en la violación del otro derecho¹²³⁵.

La Corte concluyó que la víctima fue deliberadamente impedida, por la estructura política del Estado, de participar en el ejercicio democrático en representación de su comunidad, que según su cosmovisión y tradiciones lo formó para servir y contribuir en la construcción de su desarrollo. Por ello, el Estado incumplió su deber de respeto y garantía de los derechos políticos de la víctima, porque su desaparición forzada realizada selectivamente lo privó del ejercicio de su derecho a la participación política en representación de su comunidad, reconocido en el artículo 23.1, literal a, de la Convención Americana¹²³⁶.

Asimismo, en el caso de **Pedro Huilca vs. Perú**, referido a la ejecución extrajudicial de un líder sindical llevado a cabo por un escuadrón de aniquilamiento vinculado al Ejército del Perú, la Corte Interamericana determinó que los hechos tuvieron una motivación política, porque el asesinato de la víctima se debió a su carácter de líder sindical opositor y crítico de las políticas del entonces gobierno de turno¹²³⁷. También se configuró una violación del contenido del derecho a la libertad de asociación reconocido por el artículo 16 de la Convención, en relación con la libertad sindical¹²³⁸, porque el ejercicio legítimo que hizo la víctima de su derecho a la libertad de asociación en materia sindical, le provocó una represalia fatal y tuvo un efecto amedrentador en los trabajadores del movimiento sindical peruano, recortándose la libertad de un grupo determinado a ejercer ese derecho¹²³⁹.

7.4.- Tribunal Constitucional del Perú.-

El Tribunal Constitucional Peruano no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre procesos de amparo promovidos por congresistas reclamando violaciones de las facultades del *ius in officium*, por lo que este componente del derecho fundamental de acceso y permanencia en el cargo representativo no ha sido desarrollado en nuestro país, y la doctrina

¹²³⁵ Idem, párr. 115.

¹²³⁶ Idem, párrs. 116-117.

¹²³⁷ Sentencia de CIDH de 3 de marzo de 2005, caso Huilca Tecse vs. Perú, párrs. 64 y 68.

¹²³⁸ Idem, párr. 67.

¹²³⁹ Idem, párr. 78.

nacional considera que se tratan de derechos o atribuciones funcionales por el rol desempeñado¹²⁴⁰.

A pesar de ello, en el caso de funciones públicas no electivas, ha afirmado que el ejercicio pleno de la función sin perturbaciones, forma parte del contenido del derecho de acceso a la función pública como veremos en el apartado siguiente, lo que tiene aplicación también en el ejercicio de las funciones de los congresistas en relación al derecho fundamental a tener acceso y a ser elegido para dicho cargo, reconocido por los artículos 30, párrafo primero, y 90, párrafo final, de la Constitución Política. Y tienen mayor fundamento jurídico por tener como fines concretar principios constitucionales valiosos para el Estado democrático como la participación ciudadana, la representación política y la protección de las minorías.

Si bien estas facultades del *ius in officium* no son tutelables por un recurso de amparo directo ante el Tribunal Constitucional, sí son tutelables a través del proceso de amparo que procede frente a la violación de cualquier derecho constitucional ante el Juez del Poder Judicial, previsto por el artículo 200, numeral 2, de la Constitución Política y por el Título III del Código Procesal Constitucional, con la posibilidad de recurrir en última instancia vía Recurso de Agravio Constitucional al Tribunal Constitucional, por tener especial trascendencia constitucional dadas las consecuencias políticas generales que producen¹²⁴¹.

A.- Derecho de acceso a función pública: ejercicio pleno y ascenso.-

El Tribunal Constitucional cuando conoció el proceso de inconstitucionalidad contra la ley del **Programa de Formación Académica (PROFA)**, desarrolla el contenido del derecho al acceso a la función pública, interpretando que está conformado por: uno (*i*), acceder o ingresar a la función pública; dos (*ii*), ejercerla plenamente; tres (*iii*), ascender en la función pública; y cuatro (*iv*), condiciones iguales de acceso¹²⁴².

¹²⁴⁰ DELGADO-GUEMBES: César: *Manual del Parlamento* ... op. cit., pp. 246-252.

¹²⁴¹ STC 155/2009, de 25 de junio, F.J. 2; y, Sentencia de TCP de 6 de agosto de 2014, Exp. N° 00987-2014-PA/TC, Francisca Vásquez Romero, F.Js. 49 b) y 50.

¹²⁴² Sentencias de TCP de 25 de abril de 2006, Exp. N° 0025-2005-PI/TC y N° 0026-2005-PI/TC, Colegio de Abogados de Arequipa y otro (PROFA), F.J. 43; y, de 16 de abril de 2015, Exp. N° 05057-2013-PA/TC, Rosalía Huatuco Huatuco, F.J. 8 e).

Sobre el particular, el Tribunal explicó que la razón por la que este derecho comprende también el ejercicio pleno y sin perturbación de la función pública y el ascenso en ella, es que, siendo la participación en la función pública el bien protegido de este derecho, el menoscabo, restricción o limitación ilegítima del pleno desenvolvimiento de la función pública o del ascenso en la misma, pueden conducir a una afectación del bien protegido por este derecho¹²⁴³.

Asimismo, la participación en la función pública tiene que ser entendida como un bien cuya concretización debe desarrollarse en toda su magnitud, es decir, con todas las implicancias que su pleno desarrollo lo exija, porque los derechos fundamentales deben ser comprendidos como mandatos de optimización, que significa que su contenido protegido alcanza a todos los aspectos que contribuyen a un mayor grado de realización del bien jurídico que protege¹²⁴⁴.

¹²⁴³ Sentencia de TCP de 25 de abril de 2006, Exp. N° 0025-2005-PI/TC y N° 0026-2005-PI/TC, Colegio de Abogados de Arequipa y otro (PROFA), F.J. 44.

¹²⁴⁴ Ibidem.

CAPÍTULO VI: DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO.-

1.- Constituciones y Tratados Internacionales.-

El artículo 24.1 de la Constitución Española reconoce el derecho de toda persona a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales de sus derechos e intereses legítimos, sin indefensión, y el artículo 24.2 los derechos al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con garantías, a utilizar los medios de prueba para su defensa, a no declarar contra sí mismos ni confesarse culpables, y a la presunción de inocencia. Además, el artículo 25.1 señala que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que no constituyan delito, falta o infracción administrativa, en el momento que se produjeron según la legislación vigente.

Por su parte, el artículo 139, numerales 3, 4, 5, 6, 10, 12, 13, 14 y 15, de la Constitución Política del Perú reconoce como principios y derechos de la función jurisdiccional a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometido a procedimiento distinto al previamente establecido, ni juzgado por órganos jurisdiccionales de excepción, a la publicidad en los procesos, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la pluralidad de la instancia, a no ser penado sin proceso judicial, a no ser condenado en ausencia, a la prohibición de revivir procesos fenecidos, a no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, a ser informado de las causas o razones de su detención, y a comunicarse con un defensor de su elección y a ser asesorado desde que es citado o detenido por cualquier autoridad. Además, el artículo 2, numeral 24 literal d, señala que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que no esté previamente calificado por la ley como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley, y el literal e. declara la presunción de inocencia.

El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos declara que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal o para la

determinación de sus derechos y obligaciones de cualquier carácter, y el artículo 8.2 declara los derechos del inculpado a la presunción de inocencia y a gozar durante todo proceso, en plena igualdad, de garantías mínimas como a ser asistido gratuitamente por traductor, a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada, a la concesión del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección y comunicarse libre y privadamente con él, a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado si no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor, a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y a obtener la comparecencia de testigos o peritos, a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior. El artículo 8.3 agrega que la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción, el 8.4 que el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio, y el 8.5 que el proceso penal debe ser público.

El artículo 9 dispone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable, tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en dicho momento, y si con posterioridad, la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

El artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos declara que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, que decidirá sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre cualquier acusación en materia penal, y dispone que la sentencia se pronuncie públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido durante el proceso a la prensa y al público en interés de la moralidad, del orden público o la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada lo exijan, o cuando la publicidad pudiera perjudicar los intereses de la justicia. El artículo 6.2 reconoce la presunción de inocencia.

El artículo 6.3 declara que todo acusado tiene como mínimos los derechos a ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda, de la acusación formulada, a disponer del tiempo y de las facilidades para preparar su defensa, a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, a ser asistido

gratuitamente por un abogado de oficio, a interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación de los testigos que declaren en su favor, y a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada.

El artículo 7.1 dispone que nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional, y no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que fue cometida la infracción. Además, el artículo 7.2 agrega que ello no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que cuando fue cometido constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

2.- Teorías institucional y de la garantía procesal: doble dimensión.-

El derecho al debido proceso en términos institucionales y garantistas atiende, en primer lugar (*i*), a las demandas formuladas por los particulares para la tutela subjetiva de sus derechos fundamentales, y en segundo término (*ii*), a la tutela objetiva de las exigencias materiales del Estado de Derecho y de la Constitución¹²⁴⁵. Así, primero (*i*), supone el reconocimiento de un *status activus processualis* que permite a los ciudadanos la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales¹²⁴⁶; y, segundo (*ii*), el derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado está al servicio de la concretización de la Ley Fundamental que no es otra cosa que el cumplimiento y vigencia efectiva de los principios y valores que la Constitución postula¹²⁴⁷.

El *status activus processualis* significa que los derechos fundamentales deben ser garantizados hoy también desde la vertiente procesal¹²⁴⁸, y la protección procesal tiene dos acepciones: un sentido estricto: el judicial, y un sentido amplio: otros instrumentos pre-judicial y no judiciales¹²⁴⁹. Por el primero (*i*), la protección se articula mediante audiencia

¹²⁴⁵ LANDA, César: *Derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa, 2011, p. 252.

¹²⁴⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* op. cit., p. 306; y, ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales* op. cit., pp. 425-428.

¹²⁴⁷ HÄBERLE, Peter: "Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional", en HÄBERLE, Peter: *Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar*, Lima, Palestra, 2004, p. 27.

¹²⁴⁸ HÄBERLE, Peter: "Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania" op. cit., p. 87.

¹²⁴⁹ Idem, pp. 87-88.

jurídica y tutela judicial efectiva; y por el segundo (ii), como suele la tutela judicial llegar demasiado tarde, se activan pre-procedimientos garantizadores de los derechos fundamentales, como los regulados por el Derecho Administrativo; y además, las Constituciones de los Estados buscan proteger de forma complementaria a los ciudadanos a través de comisionados especiales¹²⁵⁰.

Como todo derecho fundamental requiere una vertiente procesal, al contenido esencial de cada derecho se le incorpora la garantía de un procedimiento efectivo para la afirmación de estos derechos fundamentales a través de su protección judicial¹²⁵¹. El aspecto procesal forma parte sustancial de los derechos fundamentales cuando hace efectivos sus componentes sustanciales. No se trata de una mera garantía conexa o complementaria. Una garantía sólo sustancial de los derechos fundamentales sería en parte inútil¹²⁵².

Se trata sin duda de un planteamiento antropológico, por el cual el hombre, no sólo el ciudadano, debe ser tutelado de modo óptimo frente a las amenazas a su libertad, por lo que conduce necesariamente a entender los derechos fundamentales como garantías procesales¹²⁵³. Un ejemplo claro es el desarrollo de un *status activus processualis* en el Derecho Procesal Penal, que garantiza concretamente en el Derecho penal sustantivo, las posiciones mínimas de los derechos fundamentales a partir del perfil procesal que tiene¹²⁵⁴.

3.- Límite al poder de la autoridad sobre la vida, libertad y propiedad.-

Si bien es cierto que la cláusula del *debido proceso legal* desde su aparición se ha interpretado en muchas ocasiones a lo largo de nueve siglos de existencia, produciendo un gran impacto en el derecho constitucional latinoamericano¹²⁵⁵, es posible formular su

¹²⁵⁰ Ibidem.

¹²⁵¹ HÄBERLE, Peter: *La libertad fundamental en el Estado Constitucional* op. cit., p. 292.

¹²⁵² Ibidem.

¹²⁵³ Idem, p. 291.

¹²⁵⁴ Ibidem.

¹²⁵⁵ CORWIN, Edward S.: *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Buenos Aires, Editorial Fraterna, 1987, pp. 474-676; COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993, pp. 98-161; QUISPE REMÓN, Florabel: *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 46-73; y, QUIROGA LEÓN, Aníbal: *El debido proceso legal en el Perú y en el sistema interamericano de derechos humanos*, Lima, IDEMSA, 2014, pp. 49-53. Antes de invocar que se aplique en los procedimientos de las comisiones parlamentarias de investigación en nuestro país, el debido proceso legal ha tenido una gran influencia en el derecho constitucional latinoamericano luego de un largo recorrido en la historia del derecho. Como nos explican los autores, es la

significado y naturaleza jurídica a partir de ciertos elementos esenciales que han pasado a formar parte de su contenido en todos los ordenamientos nacionales e internacionales que la han acogido. Así, en un principio, en la Carta Magna Inglesa de 1215, el Rey Juan promete a los ingleses que ningún hombre libre (“*nullus liber homo*”) será tomado o encarcelado o privado de sus movimientos o su libertades o costumbres libres, o proscrito o exiliado, o de ningún modo destruido, ni se caerá o enviará contra él, excepto por un juicio legal de sus pares (“*per legale iudicium parium suorum*”) o por ley de la tierra o del reino (“*per legem terrea*”)¹²⁵⁶.

La fórmula de la Carta Magna tiene un valioso doble significado institucional: primero (i), como instrumento esencial que configura el espacio de libertad de los ciudadanos, aunque reservada a una categoría especial de ellos; y segundo (ii), que establece un límite preciso al poder absolutista en favor de los ciudadanos, al imponer como requisitos de la celebración de un juicio regular que afecte a los derechos personales o patrimoniales, que esté previsto por la ley del país y que se desarrolle de forma legal¹²⁵⁷.

De esta manera, desde su inicio, aparece concebida como una válvula reguladora entre la libertad individual y las imposiciones de la autoridad, asumiendo que se producen conflictos entre los ciudadanos y la autoridad, y que la resolución de los mismos se debe hacer por medio de procedimientos legales. Es decir, su significado y naturaleza jurídica está en la modulación de las situaciones en las que los derechos fundamentales a la vida, la libertad y la propiedad son regulados por la autoridad, actuando el debido proceso legal en aquellas ocasiones como válvula reguladora¹²⁵⁸.

traducción del concepto anglo-americano del “*due process of law*”, consagrado en las Enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en 1791 y 1869, que, a su vez, fue recogida de las Declaraciones de Derechos de las Colonias de Norteamérica, refiriéndose unas como “*due process of law*” y otras, la mayoría, al “*law of the land*”, y que tiene origen y desarrollo anglosajón como variante de la fórmula de la Carta Magna Inglesa de 1215 del “*per legem terrea*” utilizada conjuntamente con la del “*per legale iudicium parium suorum*”.

¹²⁵⁶ Idem, p. 497.

¹²⁵⁷ BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel: *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 1992, p. 46.

¹²⁵⁸ ESPARZA LEIBAR, Iñaki: *El principio del debido proceso*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995, pp. 71-72.

Como efectos jurídicos, tiene consecuencias garantistas decisivas a favor de los ciudadanos, de modo que si hubieran sido desposeídos de sus tierras ganadas, de sus libertades y derechos, sin un juicio justo por sus pares, serán inmediatamente repuestos en ellos¹²⁵⁹.

En los Estados Unidos de Norteamérica, la Enmienda V de la Constitución, en 1791, además de determinar que nadie tendrá que responder por un delito capital o infamante a menos que sea por declaración o acusación de un gran jurado, estableció que no se verá privada de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal y tampoco se tomará la propiedad privada para destinarla a uso público sin la debida compensación¹²⁶⁰. Y en 1869, la Enmienda XIV dirigida a favor de todas las personas nacidas o naturalizadas en Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción, como ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados donde residen, dispuso que ningún Estado promulgará o aplicará leyes que recorten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de Estados Unidos, tampoco privará a una persona de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso legal, ni negará a una persona que se encuentre en su jurisdicción la protección igual de las leyes¹²⁶¹.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha desarrollado paulatinamente a través de numerosas sentencias el sentido y los alcances del debido proceso legal, formando su contenido en dos dimensiones una (i) adjetiva y otra (ii) sustantiva, y desbordando las limitaciones de un concepto meramente restrictivo para proyectar sus efectos hacia niveles territoriales y materiales a los que originariamente no había sido propuesto.

La dimensión sustantiva del *due process of law*, se identifica con la elaboración regular de la ley, y la dimensión objetiva o instrumental, comprende las garantías procedimentales que abarcan los deberes impuestos a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de no menoscabar las garantías procesales constitucionalizadas, asegurando los derechos a ser oído en el proceso (notice and hearing), a defenderse efectivamente, a utilizar medios legítimos de prueba, impidiendo que la condena se sustente en pruebas obtenidas

¹²⁵⁹ BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel: *Derecho fundamental al proceso debido* ... op. cit., p. 46.

¹²⁶⁰ CORWIN, Edward S.: *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual* op. cit., pp. 474-519.

¹²⁶¹ Idem, pp. 590-676.

ilegítimamente, y extendiendo a toda clase de procesos la observancia del derecho al proceso debido¹²⁶².

El debido proceso conocido como adjetivo, instrumental o procedimental significa que ningún órgano jurisdiccional puede privar de la vida, libertad o propiedad, a ningún sujeto, excepto a través de procesos ajustados a la Constitución, y el debido proceso sustantivo o material significa que la administración no puede limitar o privar arbitrariamente a los individuos de ciertos derechos fundamentales contenidos en la Constitución, sin disponer de un motivo que así lo justifique, se trata en definitiva de una forma de autocontrol constitucional, de la discrecionalidad de la actuación de la administración pública¹²⁶³.

Partiendo de la acepción restrictiva que obliga a los Estados a instituir procedimientos previos sólo cuando se pudieran producir perjuicios sobre la vida, libertad o propiedad de una persona, la doctrina amplia interpreta que los tres términos incluidos en la frase “vida, libertad o propiedad” son descripciones genéricas de todos los intereses individuales, no habiéndose pretendido con su redacción la creación de una jerarquía de intereses con su correlativo reflejo en el ámbito jurisdiccional, pues, lo contrario, supondría una limitación injustificada de la facultad revisora que tiene la jurisdicción¹²⁶⁴.

Además, frente a la eficacia del debido proceso restringida al ámbito federal, más no al interior de cada Estado, el Tribunal Supremo acudió a la Enmienda XIV de 1868, por la cual las garantías del debido proceso legal deben ser respetadas también en los casos relativos y resueltos por las instancias estatales. Por ello, de la interpretación conjunta de las Enmiendas V y XIV que hace la jurisprudencia de la Corte Suprema se produce una situación de igualdad básica que permite la aplicación y el desarrollo homogéneos del debido proceso legal en todo el país¹²⁶⁵.

Sin duda que el origen y desarrollo del debido proceso legal en los países de habla inglesa sirve para identificar el importante contenido y significado jurídico que tiene hoy en día, repercutiendo en el mundo del derecho como patrimonio universal de la humanidad y

¹²⁶² BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel: *Derecho fundamental al proceso debido* ... op. cit., p. 48.

¹²⁶³ ESPARZA LEIBAR, IÑAKI: *El principio del debido proceso* op. cit., pp. 74-75.

¹²⁶⁴ Idem, pp. 77-78.

¹²⁶⁵ Idem, p. 79.

adquiriendo una gran influencia en los países latinoamericanos. Aunque los antecedentes y contextos históricos no son los mismos, en nuestros países, cuando las personas en los procesos judiciales se sujetan a los poderes y facultades que ejercen los juzgados y tribunales a su cargo, para evitar los excesos y arbitrariedades judiciales, las Constituciones de los Estados establecen un conjunto de garantías y derechos procesales, conformantes del debido proceso legal, que se oponen y limitan los poderes de los jueces, como aparecen en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, inspirados en el *due process of law*¹²⁶⁶.

Estas garantías procesales operan fundamentalmente frente a los órganos judiciales porque son, por un lado (i), los competentes para tutelarlos, y, por otro (ii), están obligados a respetarlos y no vulnerarlos en sus actuaciones; por ello, la voluntad constituyente establece estos derechos al comprender que el Poder Judicial no sólo es el garante de los derechos de los ciudadanos, sino también un verdadero poder del Estado, que en la medida que le corresponde resolver los conflictos y autorizar la limitación de los derechos ciudadanos, es especialmente importante asegurar que está limitado y sometido a los mismos derechos¹²⁶⁷.

4.- Concepto material de tribunal.-

Si bien parece limitarse al ámbito de los procesos formalmente jurisdiccionales, el debido proceso legal adquiere un amplio contenido *material* que va más allá de los órganos integrados en el Poder Judicial, encargados de impartir justicia, y abarca además las funciones materialmente jurisdiccionales de los demás poderes y órganos del Estado con capacidad para privar o restringir los derechos e intereses jurídicos de los ciudadanos y personas sujetas a los mismos. El concepto material de tribunal y de proceso, y la aplicación consecuente de las garantías del debido proceso ante las entidades estatales que puedan afectar los derechos e intereses de las personas en diversos tipos de procedimiento, aparece contemplado y notoriamente desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹²⁶⁶ LANDA ARROYO, César: *Tribunal Constitucional y Estado democrático* op. cit., pp. 212-214 y 221-228.

¹²⁶⁷ GÓMEZ MONTORO, Ángel J.: "Los derechos procesales del art. 24.2 CE", en VIVER PI-SUNYER, Carles (Coord.) y Otros: *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 167-168.

Para el Tribunal Europeo, el concepto de tribunal tiene sentido material y funcional por el que lo relevante es el ejercicio de una función judicial resolviendo, sobre la base de normas de derechos y a través de un procedimiento organizado, toda cuestión relevante de su competencia mediante una decisión jurídicamente vinculante¹²⁶⁸. Esto significa que el rasgo importante de este concepto funcional es la competencia del tribunal para adoptar decisiones jurídicamente vinculantes, por lo que el poder de decisión es inherente a la noción de tribunal, de modo que la capacidad para hacer recomendaciones o dictámenes no es suficiente para configurarlo¹²⁶⁹.

En ciertos casos, el Tribunal Europeo ha afirmado que el hecho de que un órgano colegiado tenga además otras funciones como las administrativas, no le impide ser un tribunal cuando ejerza una función judicial, y una cámara parlamentaria se considera como tal cuando ejerza funciones judiciales¹²⁷⁰. Este concepto amplio, que parece desdibujar sus perfiles y desbordar sus límites, es aceptable porque tiene el fin de garantizar los derechos de los justiciables frente al ejercicio por parte de toda autoridad de una función materialmente jurisdiccional, en el contexto de las diversas realidades constitucionales de los Estados del Consejo de Europa y las tradiciones anglosajonas donde los Parlamentos tienen aún funciones judiciales¹²⁷¹.

Así, en el asunto **Engel y otros c. Holanda**, el Tribunal Europeo se pronunció sobre las demandas de cinco ciudadanos holandeses que cumplían el servicio militar obligatorio en las fuerzas armadas de Holanda, por haber sido víctimas de sanciones privativas de libertad: arrestos de rigor y traslados a unidad disciplinaria, emanadas de autoridades y tribunales militares en procedimientos disciplinarios seguidos sin haberse cumplido las exigencias del

¹²⁶⁸ LANDA ARROYO, César, ARANGÜENA FANEGO, Coral y FERRER MCGREGOR, Eduardo: "El derecho al debido proceso", en GARCÍA ROCA, Javier, FERNÁNDEZ, Pablo Antonio, SANTOLAYA, Pablo y CANOSA, Raúl (Eds.): *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2012, pp. 316-317.

¹²⁶⁹ GARCÍA ROCA, Javier y VIDAL ZAPATERO, José Miguel: "El derecho a un tribunal independiente e Imparcial (art. 6.1 CEDH): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la justicia", en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (Coords.): *La Europa de los derechos El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 289.

¹²⁷⁰ Idem, pp. 289-290.

¹²⁷¹ Idem, p. 290.

artículo 6 del Convenio. El Gobierno alegaba que estos procedimientos no versaban sobre acusaciones en materia penal ni litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil.

Frente a esta controversia, el Tribunal Europeo se pregunta sobre la aplicabilidad del artículo 6 al caso, para lo cual examina si los procedimientos disciplinarios según la ley holandesa encierran acusaciones en materia penal que tienden a reprimir por medio de sanciones ciertas infracciones con un fin análogo al que tiene el derecho penal¹²⁷². Si bien el Estado tiene el poder de elegir si aplica el derecho disciplinario o el derecho penal para sancionar determinadas conductas, el carácter disciplinario de la acusación puede estar referida a una materia penal tal como se entiende en el artículo 6.

La naturaleza de la infracción, para el Tribunal, representa un elemento de apreciación de gran peso. Si un militar es sancionado por una acción u omisión que transgredió una norma jurídica reguladora del funcionamiento de las fuerzas armadas, el Estado puede utilizar el derecho disciplinario antes que el penal. No obstante, el Tribunal puede controlar la sanción que puede sufrir la víctima, porque en una sociedad sujeta a la preeminencia del derecho, las privaciones de la libertad impuestas a título represivo, son de materia penal, excepto aquéllas que no causen un perjuicio importante¹²⁷³. Si bien en este caso el Convenio no obligaba al Estado a procesarlos ante un consejo de guerra, si le obligaba a concederles las garantías previstas por el artículo 6¹²⁷⁴.

Al examinar el cumplimiento de dichas garantías, el Tribunal determinó que, por ejemplo, hubo violación del artículo 6.1 porque las audiencias contradictorias en presencia de las partes han tenido lugar a puerta cerrada conforme a una práctica de los tribunales militares, y a pesar de estar previstas ciertas excepciones a la publicidad del proceso judicial, el Gobierno no alegó alguna ni del sumario resultaba una situación que justifique prohibir el acceso a la sala de audiencia a la prensa y al público¹²⁷⁵.

Y en el asunto **Allenet de Ribemont c. Francia**, las partes discutían la aplicación del artículo 6.2 del Convenio Europeo por las declaraciones del Ministro del Interior y altos

¹²⁷² Sentencia de TEDH de 8 de junio de 1976, asunto Engel y otros c. Holanda, apar. 79.

¹²⁷³ Idem, apar. 82.

¹²⁷⁴ Idem, apar. 85.

¹²⁷⁵ Idem, apar. 89.

funcionarios de policía ante la prensa responsabilizando al demandante como instigador de un asesinato. Por un lado, el Gobierno opinó que la vulneración de la presunción de inocencia sólo podía provenir de una autoridad judicial y sólo se producía en caso de un proceso del que resulte una condena, si la motivación del juez permite suponer que, *a priori*, consideró al interesado culpable. Por otra parte, la Comisión Europea manifestó que el principio de la presunción de inocencia constituye sobretudo una garantía de carácter procesal en materia penal, pero afirmó que su alcance es más amplio porque no se impone únicamente al juez penal que juzgue sobre una acusación, sino también a otras autoridades¹²⁷⁶.

Si bien el Tribunal Europeo reconoce la presunción de inocencia como un elemento del proceso penal equitativo consagrado en el Convenio Europeo, recordó que el Convenio debe interpretarse de manera que garantice los derechos concretos y efectivos, y no teóricos e ilusorios¹²⁷⁷; y, una vulneración de la presunción de inocencia puede emanar no sólo de un juez o de un tribunal sino también de otras autoridades públicas¹²⁷⁸.

En este asunto, el Tribunal declaró que hubo violación del artículo 6.2 del Convenio; para llegar a esta conclusión, explicó que las declaraciones de los más altos responsables de la policía francesa que señalaron a la víctima, sin matices ni reservas, como instigador y cómplice de un asesinato, se trata de una declaración de culpabilidad, que, de una parte, incitaba al público a creer en ella y, de otra, prejuizgaba la apreciación de los hechos por los jueces competentes¹²⁷⁹.

En el caso **Tribunal Constitucional vs. Perú**, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “garantías judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino que abarca el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectar sus derechos¹²⁸⁰.

¹²⁷⁶ Sentencia de TEDH de 10 de febrero de 1995, asunto Allenet de Ribemont c. Francia, apars. 32-33.

¹²⁷⁷ Idem, apar. 35.

¹²⁷⁸ Idem, apar. 36.

¹²⁷⁹ Idem, apar. 41.

¹²⁸⁰ Sentencia de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, párr. 69.

Estas garantías se tratan de los derechos que posibilitan el ejercicio de los demás derechos: los derechos de los derechos¹²⁸¹, y son más importantes cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino que implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención¹²⁸².

Así, el debido proceso legal se debe garantizar en todo procedimiento disciplinario y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación bajo el argumento de que las garantías debidas del artículo 8 no se aplican en casos de sanciones disciplinarias que no sean penales. El riesgo de permitir a los Estados esta interpretación significaría dejar a su libre albedrío la aplicación o no de estas garantías reconocidas a toda persona, limitando su aplicación sólo a los procesos penales¹²⁸³.

La Corte Interamericana afirma que conforme al principio de separación de poderes que existe en todo Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. En este sentido, cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas¹²⁸⁴. En otros términos, el artículo 8.1 de la Convención referido a un juez o tribunal, es aplicable igualmente a las situaciones en las que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que determinen tales derechos¹²⁸⁵.

¹²⁸¹ BURGORGUE-LARSEN, Laurence y ÚBEDA DE TORRES, Amaya: *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana* ... op. cit., p. 81.

¹²⁸² Sentencia de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, párr. 68.

¹²⁸³ QUISPE REMÓN, Florabel: *El debido proceso en el derecho internacional* ... op. cit., p. 352.

¹²⁸⁴ Sentencia de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, párr. 71.

¹²⁸⁵ Sentencia de CIDH de 6 de febrero de 2001, caso Ivcher Bronstein vs. Perú, párr. 105.

La Corte Interamericana determinó en varios casos que las sanciones de destitución de un Congreso en un juicio político en perjuicio de magistrados constitucionales¹²⁸⁶ y judiciales¹²⁸⁷, o de los órganos administrativos en procedimientos disciplinarios seguidos a jueces¹²⁸⁸, y la resolución administrativa de un Estado contra un ciudadano¹²⁸⁹, violaron el artículo 8 de la Convención Americana. En este último supuesto, precisa que en cualquier circunstancia en que se imponga una sanción administrativa a un trabajador debe resguardarse el debido proceso legal¹²⁹⁰; por lo que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal conforme al artículo 8 de la Convención¹²⁹¹.

También la Corte estableció que las garantías del debido proceso son aplicables a los procedimientos llevados a cabo por los órganos estatales electorales para proteger los derechos políticos de los ciudadanos, y se les permita participar como candidatos y ser elegidos y tener acceso a los cargos públicos; para la Corte, las decisiones que emiten los órganos internos en materia electoral pueden afectar el goce de los derechos políticos, por tanto, en dicho ámbito también se deben observar las garantías mínimas consagradas en el artículo 8.1 de la Convención, en cuanto sean aplicables a dichos procedimientos¹²⁹².

5.- Funciones políticas y materialmente jurisdiccionales del Parlamento.-

Las Constituciones Políticas de los Estados, inspiradas en las ideas de John Locke, Montesquieu y David Hume, optaron por establecer el principio de separación de poderes, que postula que la libertad política sólo queda garantizada mediante un gobierno moderado y representativo en el que distintos poderes realicen funciones diferentes y se limiten

¹²⁸⁶ Sentencia de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, párrs. 84-85.

¹²⁸⁷ Sentencia de CIDH de 23 de agosto de 2013, caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, párrs. 158 y 180.

¹²⁸⁸ Sentencia de CIDH de 5 de octubre de 2015, caso López Lone y otros vs. Honduras, párr. 207.

¹²⁸⁹ Sentencia de CIDH de 6 de febrero de 2001, caso Ivcher Bronstein vs. Perú, párrs. 109-110. La Corte consideró que el procedimiento administrativo seguido por la Dirección General de Migraciones y Naturalización, no reunió las condiciones del debido proceso que exige el artículo 8.1 y 8.2 de la Convención.

¹²⁹⁰ Sentencia de CIDH de 2 de febrero de 2001, caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, párr. 131.

¹²⁹¹ Sentencia de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, párr 71.

¹²⁹² Sentencia de CIDH de 23 de junio de 2005, caso YATAMA vs. Nicaragua, párr. 150.

recíprocamente entre sí, impidiendo el abuso del poder inherente a la tiranía¹²⁹³. En tal sentido, la separación de funciones en diferentes órganos estatales para que una sola persona no las concentre *per se* no agota el contenido del principio si no que se completa con los límites y contrapesos que se oponen dichos órganos entre sí mismos, de modo que el poder frene al poder, impidiendo el gobierno despótico o tiránico, y buscando la armonía y el equilibrio de poderes¹²⁹⁴.

Si bien las funciones jurisdiccionales y de control político se encargan separadamente a los órganos judiciales y al Parlamento respectivamente, pudiendo definirse y distinguirse sus características particulares que las hacen diferentes y especiales; además, se contemplan las facultades y atribuciones necesarias para que tales órganos se controlen recíprocamente entre sí mediante un sistema de frenos y contrapesos mutuos.

Sobre el particular, la Constitución Española ha privado a las Cortes Generales de toda función jurisdiccional¹²⁹⁵, salvo la potestad disciplinaria sobre sus miembros en sentido material. El artículo 102.2 limita la intervención parlamentaria en los casos de *impeachment* a la iniciativa del Congreso de los Diputados, encargando al Tribunal Supremo el proceso y juzgamiento¹²⁹⁶, el artículo 70.2 somete al control judicial la validez de las actas y credenciales de los miembros de las cámaras, y el artículo 76.1 prohíbe a las comisiones de investigación el ejercicio de funciones jurisdiccionales¹²⁹⁷. En tal sentido, la función jurisdiccional a cargo del Poder Judicial aparece como un límite a las potestades de control político de las Cortes Generales.

¹²⁹³ GARCÍA ROCA, Javier: "El principio de la división de poderes" op. cit., p. 45.

¹²⁹⁴ Idem, p. 44.

¹²⁹⁵ RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge: "El Poder Judicial como límite de la potestad de control de las Cortes Generales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 9, Septiembre-Diciembre 1983, p. 65.

¹²⁹⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: "Artículo 102: Criterios para la exigencia de responsabilidad criminal al Presidente y demás miembros del Gobierno", en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1998, pp. 376-378. El autor explica que como una condición de procedibilidad para las acusaciones contra el Presidente y los miembros del Gobierno por delitos de carácter político cometidos en el ejercicio de sus funciones (traición a la patria y contra la seguridad del Estado), el Congreso se pronuncia previamente aprobando o no la iniciación de la causa criminal ante el Tribunal Supremo.

¹²⁹⁷ RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge: "El Poder Judicial como límite ..." op. cit., p. 65;.

A diferencia de ello, la Constitución Política del Perú de 1993, apartándose de la tradición constitucional histórica consolidada hasta 1979¹²⁹⁸, otorga en el artículo 100 al Congreso de la República no sólo la facultad de acusar a los altos funcionarios del Estado, sino también la de procesarlos en juicio político y de imponerles las sanciones de destitución o inhabilitación en el ejercicio de la función pública; siendo calificadas tales potestades por la doctrina nacional como autoritarias y violatorias de los derechos de los procesados.

Además, de modo similar a la fórmula española, el artículo 97 prescribe que las conclusiones de las comisiones investigadoras no obligan a los órganos jurisdiccionales, y compete al Jurado Nacional de Elecciones como órgano a cargo de la justicia electoral, proclamar a los candidatos elegidos y expedir las credenciales correspondientes según el numeral 5 del artículo 178.

Por ello, ciertamente, los límites entre las funciones jurisdiccionales del Poder Judicial y las funciones políticas del Congreso de la República parecen, en ciertos casos, desbordados y superpuestos, aunque con mayor propiedad podemos hablar de límites no claramente prefigurados por las normas constitucionales, lo que no descarta las posibilidades de configuración y delimitación concreta que tiene el legislador a partir de una interpretación de conjunto de la totalidad de principios, valores y derechos que contiene la Constitución.

La función jurisdiccional a cargo de los juzgados y tribunales del Poder Judicial si se describe a partir de sus actividades más comunes, se caracteriza básicamente por dos actos: en cada caso concreto, uno (*i*), el tribunal establece la existencia de un hecho calificado como antijurídico civil o penal por una norma general aplicable, y dos (*ii*), el tribunal ordena una sanción civil o penal estipulada por dicha norma¹²⁹⁹.

¹²⁹⁸ La Constitución Política de 1979 establecía en los artículos 183 y 184 que si el Senado declaraba ha lugar la formación de causa por la acusación formulada por la Cámara de Diputados, el funcionario acusado quedaba en suspenso en el ejercicio de la función y sujeto a juicio ante el Poder Judicial conforme a ley. Ver PANIAGUA CORAZAO, Valentín: "La justiciabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 3, 1999, pp. 186-187. Para Paniagua, el objeto del antejuicio político de la Constitución histórica fue levantar la inmunidad o prerrogativa funcional del alto dignatario: exención de proceso y de arresto, para que los órganos jurisdiccionales procesen y juzguen su conducta, así como suspenderle en sus funciones para impedir que sienta en el banquillo de los acusados la autoridad que ostenta, o que use de ella para perturbar la función jurisdiccional.

¹²⁹⁹ Kelsen, Hans: *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 324.

El proceso judicial tiene usualmente la forma de una controversia entre dos partes. Mientras una de ellas pretende que el derecho ha sido violado por la otra o que ésta es responsable de una violación jurídica cometida por otro individuo, y la otra parte niega que éste sea el caso; por lo que la sentencia judicial resuelve dicha controversia. Por ello, el punto decisivo es que las obligaciones y derechos de las partes se establecen mediante la determinación de que un acto antijurídico ha sido cometido y procede la imposición de la sanción respectiva por parte de un tribunal que a través de una decisión establece las obligaciones y derechos de las partes respectivamente¹³⁰⁰.

La facultad de imponer las sanciones o penas fuertes que privan los derechos y libertades más esenciales de las personas, como parte de las funciones jurisdiccionales más típicas a cargo de los juzgados y tribunales en el ámbito del derecho penal, tiene fundamento en el *ius puniendi* del Estado, que, a su vez, surge, para controlar los ataques que contra estos mismos derechos y libertades esenciales pudieran ser cometidos, así como evitar la reacción y venganza privada por los daños producidos a estos valiosos bienes si éstos no fueran castigados. En la etapa más reciente de nuestra historia, al organizarse políticamente la sociedad en el Estado, la tutela de los bienes sociales más importantes ha pasado a ser un atributo del Estado, porque adquiere el monopolio legal de la violencia, y la defensa de la estabilidad requiere de la amenaza y del uso de la violencia¹³⁰¹.

Del *ius puniendi* consolidado en el Estado con carácter unívoco, aparecen y se derivan los más diversos poderes represivos y sancionatorios de los órganos estatales, no sólo del Poder Judicial. Todos los poderes represivos de los órganos que ejercen el poder público se incardinan dentro del *ius puniendi* estatal, que es el tronco común del que emanan la vía penal, la vía administrativa sancionadora y cualquier otra vía a través de la cual el Estado sanciona legítimamente a los ciudadanos con la imposición de sanciones justificadas en la protección o beneficio que dicha intervención represiva reporta a la sociedad¹³⁰². Entre las

¹³⁰⁰ Kelsen, Hans: *Teoría general del derecho y del Estado* op. cit., p. 324.

¹³⁰¹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 26-27; y, VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter: *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989, pp. 58-63; el autor explica la necesidad y posibilidad de la coacción psicológica por parte del Estado para asegurar sus fines sociales.

¹³⁰² MATHEUS FERNÁNDEZ, Juan Miguel: *La disciplina parlamentaria*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2013, pp. 131-132; y, NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 46-50. Nieto, desde su perspectiva, explica la tesis

otras vías está la disciplina parlamentaria¹³⁰³ y cualquier procedimiento parlamentario que tenga el mismo fundamento y persiga los mismos fines.

Ahora el carácter unívoco del *ius puniendi* estatal no significa una identidad absoluta entre el derecho penal, el derecho administrativo sancionador y el procedimiento parlamentario disciplinario o sancionador, sino que cada uno tiene una identidad especial y diferentes manifestaciones del *ius puniendi*, con características y límites que lo hacen distinto por su naturaleza propia conforme a la Constitución¹³⁰⁴.

En el Estado democrático de Derecho, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado en todas sus manifestaciones queda regulado por la Constitución del Estado y sometido a estrictos límites normativos marcados por el principio de legalidad y un conjunto de garantías que protegen a los ciudadanos y evitan la imposición de penas arbitrarias en su contra¹³⁰⁵. Naturalmente, el Estado de Derecho impone al principio de legalidad como primer límite fundamental, por el cual el Estado sólo puede castigar aquellos hechos que se estén previstos por la ley como delitos, y únicamente con las penas que también la ley señale previamente¹³⁰⁶. Este principio además de ofrecer seguridad al ciudadano acerca de cuándo puede o no ser sometido a una pena, tiene un significado democrático profundo: sólo los representantes del pueblo reunidos en el Parlamento son quienes deciden cuándo puede imponerse una pena a todo ciudadano¹³⁰⁷.

dominante que postula que la potestad administrativa sancionadora y la potestad penal de los jueces y tribunales forman parte del genérico *ius puniendi* del Estado, que es único y luego se subdivide en estas dos manifestaciones.

¹³⁰³ TORRES MURO, Ignacio: "La disciplina parlamentaria. Una introducción", en *Instituciones de Derecho Parlamentario*, V, *Derecho Parlamentario Sancionador*, Vitoria-Gasteiz, Eusko Legebiltzarra-Parlamentario Vasco, 2005, pp. 36 y 38-39; y, MATHEUS FERNÁNDEZ, Juan Miguel: *La disciplina parlamentaria* op. cit., p. 182.

¹³⁰⁴ MATHEUS FERNÁNDEZ, Juan Miguel: *La disciplina parlamentaria* op. cit., pp. 133-136; y, TORRES MURO, Ignacio: "La disciplina parlamentaria. Una introducción" op. cit., pp. 41 y 43.

¹³⁰⁵ MIR PUIG, Santiago: *El Derecho Penal en el Estado democrático y social de Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 37-39.

¹³⁰⁶ MIR PUIG, Santiago: *Estado, pena y delito*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2006, p. 51; y, VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter: *Tratado de Derecho Penal ...* op. cit., pp. 61-63. El autor explica acerca del principio de legalidad que el objetivo de la conminación de la pena en la ley es la intimidación de todos los ciudadanos como posibles protagonistas de lesiones a los bienes jurídicos protegidos.

¹³⁰⁷ Ibidem.

No obstante, a diferencia del derecho penal y el derecho administrativo sancionador, la aplicación del principio de legalidad no es la misma en el derecho parlamentario sancionador, porque de acuerdo a su singularidad, la garantía de previsibilidad inherente a dicho principio puede ser satisfecha además de la norma reglamentaria por las prácticas parlamentarias compuestas por los usos y costumbres acreditados en las cámaras¹³⁰⁸.

Como se indicó antes, para evitar los excesos y arbitrariedades en el ejercicio del *ius puniendi*, tanto por parte de los juzgados y tribunales del Poder Judicial cuando ejercen funciones jurisdiccionales como de otros órganos y poderes del Estado con capacidad para afectar derechos personales, las Constituciones de los Estados y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, establecen garantías y derechos procesales, integrantes del debido proceso legal, para que los ciudadanos puedan oponerse y limitar los poderes de los jueces y de toda autoridad que pretenda vulnerarlos.

6.- Función parlamentaria de control político y sus diferencias con el control jurídico.-

La función de control político es inherente y consustancial al Parlamento en el Estado democrático de Derecho, basado en la defensa de los derechos fundamentales y el control constitucional del poder, sin que sea relevante para cumplir dicha función si el régimen político es parlamentario o presidencialista; por el contrario, las diferencias que pudieran tener los sistemas parlamentarios y presidencialistas se diluyen y convergen en la función de control político que tiene el Parlamento sobre la acción del Gobierno en ambos sistemas¹³⁰⁹.

A diferencia de las características de las funciones jurisdiccionales relacionadas con normas y razones jurídicas y derechos y sanciones a las partes, así como la intervención de jueces y tribunales especializados sujetos al debido proceso legal; en los procedimientos de control político sobre el Gobierno a cargo de los órganos parlamentarios, ya sea en Pleno, de dirección o en comisiones, no hay parámetro normativo, objetivado, indisponible, no hay razonamiento jurídico necesario, y los que rigen son los principios de libertad y oportunidad política tanto en la composición del parámetro como cuando se adopte el juicio valorativo o

¹³⁰⁸ STC 129/2006, de 24 de abril, F.J. 5; y, MATHEUS FERNÁNDEZ, Juan Miguel: *La disciplina parlamentaria* op. cit, pp. 185-186.

¹³⁰⁹ GARCÍA ROCA, Javier: "Control parlamentario y convergencia ..." op. cit., pp. 61-63.

de adecuación¹³¹⁰. La valoración de la conducta del órgano controlado se hace en función a su adecuación, no a reglas jurídicas fijas, sino a la libre voluntad del órgano controlante el Parlamento, por lo que basta con que la actuación del poder por parte del Gobierno no le parezca oportuna para que simplemente pierda su confianza¹³¹¹.

Por sus naturalezas particulares, el control político se diferencia sustancialmente del control jurídico. La primera nota característica (i) es que el parámetro del control jurídico son normas de derecho de carácter objetivo, indisponible y preexistente, pero el del control político es subjetivo, disponible e inexistente, es decir de libre apreciación del órgano. La segunda (ii), la valoración del control jurídico está basado en razones jurídicas sometidas a reglas de verificación, y la del control político se basa en razones de oportunidad o conveniencia política no contrastables. La tercera (iii), el control jurídico tiene carácter necesario al obligar el ejercicio del control si es solicitado, y si es negativo, a aprobar una sanción, mientras que el control político es voluntario porque hay libertad para ejercer o no el control y para emitir la sanción, que puede dar lugar a la responsabilidad directa que apareja la dimisión del Gobierno, o de carácter difusa por el desgaste que sufre por sus repercusiones sociales. Y la cuarta (iv), los órganos jurisdiccionales a cargo del control jurídico tienen carácter de ser imparciales, independientes y dotados de conocimientos técnicos, pero el control político está a cargo de órganos políticos sin tales características¹³¹².

En realidad, el control va a materializar la posición de preponderancia del Parlamento sobre el Gobierno, que no se plasma en un sólo instituto parlamentario porque se lleva a cabo con libertad por múltiples vías¹³¹³. La responsabilidad política difusa no se identifica única y exclusivamente con los medios tradicionales de control político tendientes a provocar la dimisión obligatoria del Gobierno. Se trata más bien de un principio general regulador de las

¹³¹⁰ ARAGÓN REYES, Manuel: "El control parlamentario ..." op. cit., p. 23; y, RUBIO LLORENTE, Francisco: "El control parlamentario", en RUBIO LLORENTE, Francisco: *La forma del poder Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, Vol II, pp. 689-692; y, GARCÍA ROCA, Javier e IBRIDO, Renato: "El control parlamentario en Italia. Un estudio comparado sobre el concepto y algunas de sus mejores prácticas: el Comité para la Legislación y la Comisión de Presupuestos", en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *El control del Gobierno en democracia XIX Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2013, p. 114.

¹³¹¹ ARAGÓN REYES, Manuel: "El control parlamentario ..." op. cit., p. 15.

¹³¹² Idem, pp. 15 y 24-25; y, ARAGÓN REYES, Manuel: "La interpretación de la constitución ..." op. cit., pp. 101-102.

¹³¹³ BUSTOS GISBERT, Rafael: *La responsabilidad política del gobierno ...* op. cit., p. 40.

relaciones entre Gobierno y Parlamento, por el que el Gobierno está obligado a responder rindiendo cuentas de su actuación ante el Parlamento, no incardinable en una sólo función en particular dado que se manifiesta horizontal o transversalmente en todas las funciones parlamentarias¹³¹⁴.

Según esta formulación, el concepto de rendición de cuentas es el que forma la esencia de la responsabilidad política como principio regulador de las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento, por el cual el primero está obligado a rendir cuentas de su gestión ante el segundo¹³¹⁵. La responsabilidad política se manifiesta a través de un proceso de información, explicación, rectificación y corrección, y no en el resultado de la dimisión o cese. En este proceso, el Gobierno tiene la obligación de ser absolutamente transparente con el Parlamento; por ello, sólo en el supuesto que se engañe o mienta a la cámara, sin haberse rectificado en la primera ocasión si hubo un error, debe dimitir por haber traicionado la esencia misma del concepto¹³¹⁶.

Así, el control adquiere una dimensión irradiadora sobre todas las funciones parlamentarias, y no tiene que desembocar necesariamente en una decisión o sanción. El control no se encuentra sólo en la decisión, sino también en el debate que puedan suscitar las minorías opositoras, porque siempre que hay lugar a la discusión entre la mayoría y las minorías en materias de diferente tipo, el control tiene presencia en el Parlamento¹³¹⁷.

Esta caracterización del fenómeno del control político a cargo de los órganos parlamentarios no es admitida pacífica ni uniformemente, porque se objeta que el control

¹³¹⁴ Idem, p. 41. Bustos Gisbert afirma que su postura se aleja del concepto de control político utilizado por Rubio y Aragón; para él, el control y la responsabilidad operan en niveles diferentes: en uno (i), el control político es una de las funciones del Parlamento, y en otro (ii), la responsabilidad política es un principio regulador de las relaciones entre Gobierno y Parlamento que tiene plasmación en todas las funciones parlamentarias con independencia de su clasificación.

¹³¹⁵ Idem, p. 40.

¹³¹⁶ BUSTOS GISBERT, Rafael: "Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario", en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 19, Año 2007, pp. 150-151; y, FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio: "El control parlamentario y su regulación en el ordenamiento español", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 60, Septiembre-Diciembre 2000, p. 97. Para el autor, el control tiene tres fases: uno (i), la recepción de datos sobre la conducta del Gobierno (*input*); dos (ii), el contraste de dicha conducta con el parámetro de valoración (enjuiciamiento), y tres (iii), la adopción de medidas correctoras o ratificadoras que pueden ser expresa como una censura, o tácita como la crítica (*output*); y cada una está condicionada por el sujeto que ejerce el control que puede ser la mayoría o la minoría.

¹³¹⁷ FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio: "El control parlamentario ..." op. cit., p. 90.

parlamentario no es otra cosa que también una suerte de control jurídico y no se le pueden incorporar criterios sociológicos o politológicos ni metapositivos¹³¹⁸. Esta perspectiva jurídica parte de considerar que el Parlamento cumple una función de garantía constitucional actuando como garante jurídico del funcionamiento correcto de las instituciones y de los bienes constitucionales, y que el control y la responsabilidad política son elementos no idénticos sino diferentes y complementarios que forman parte de esta función¹³¹⁹.

El control parlamentario del Gobierno se definiría en términos jurídicos en la actividad parlamentaria, a través de una multiplicidad de mecanismos, destinada a la comprobación de la actividad del Poder Ejecutivo y la verificación de su adecuación a los parámetros establecidos por el Parlamento, que puede producir consecuencias diversas, entre ellas la exigencia de responsabilidad política del Gobierno, por lo que generadora una influencia variable sobre su comportamiento¹³²⁰.

Por una parte, primero (i), la función de garantía constitucional precisa de un procedimiento idóneo de control para verificar que la actuación del Gobierno cuya actividad se pretende garantizar, se adecúa a la voluntad de la soberanía popular representada en el Parlamento; por otro lado, segundo (ii), está destinado a restablecer la normalidad en la eventualidad de que del control parlamentario se hubiera deducido la inadecuación del comportamiento del Gobierno a la voluntad que lo regula, mediante la adopción de una medida sancionadora que puede ser la responsabilidad política del Gobierno¹³²¹.

A pesar de la polémica entre estas posturas acerca del mismo fenómeno, ambas concluyen en afirmar que, después de todo, finalmente, el control parlamentario es, por su propia naturaleza, un control de oportunidad, porque a pesar que pueda cumplir funciones jurídicas y su actividad sea constitucional y reglamentariamente regulada, el Parlamento es ante todo un órgano político al que la Constitución reconoce autonomía política para conseguir finalidades y utilizar procedimientos libremente escogidos en el marco de la propia

¹³¹⁸ SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando: "La función de control y la ciencia del Derecho Constitucional", en *Revista de las Cortes Generales*, N° 12, Año 1987, pp. 234-235; y, SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando: *Derecho Parlamentario Español* op. cit., pp. 269-272.

¹³¹⁹ GARCÍA MORILLO, Joaquín: *El control parlamentario del Gobierno en el ordenamiento español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1985, pp. 87-88.

¹³²⁰ GARCÍA MORILLO, Joaquín: *El control parlamentario del Gobierno ...* op. cit., p. 94.

¹³²¹ Idem, pp. 87 y 91.

Constitución y de su Reglamento, por lo que el control que ejerce no se ajusta al principio de legalidad, reservado para los órganos jurisdiccionales, sino que tiene como base a criterios de oportunidad política libremente valorados¹³²².

El Parlamento y sus miembros pueden utilizar una pluralidad de parámetros, caracterizados sólo por no estar predeterminados. Al momento de enjuiciar la conducta del Ejecutivo procederá a seleccionar el parámetro político de valoración. Entre los parámetros existentes, tenemos por una parte (i), a la mera oportunidad política, que supone el nivel más alto de abstracción política que permite apreciar con gran libertad la actuación del Gobierno, y por otra (ii), a los programas de gobierno y los que tienen las minorías, más definidos, destinados a verificar que se cumpla el programa de gobierno, o que se exponga el programa de la oposición como alternativa de gobierno ante el electorado o para que sea recogido por el Gobierno¹³²³. En todo caso, el control parlamentario actúa como un medio de selección de opciones políticas, por el que la cámara contrasta las decisiones del Gobierno, rechazándolas u orientándolas¹³²⁴.

Explicado así tienen sentido las críticas de Carl Schmitt a la propuesta de la justicia como método de resolver las cuestiones políticas, que por su naturaleza no son justiciables. Para él, lo más cómodo es concebir el control del Poder Judicial sobre todas las cuestiones políticas como el ideal del Estado de Derecho, pero ello olvida que con la expansión de la justicia a una materia que no es ya justiciable, sólo pueden derivarse perjuicios para el Poder judicial, y que la consecuencia no sería una judicialización de la política, sino una politización de la justicia¹³²⁵.

Las particularidades del control y responsabilidad política que parecen a simple vista tan claras, y la imposibilidad de un control judicial para resolver cuestiones puramente políticas, no lo son tanto en la realidad y nos permiten matizarlas porque los intentos de definir un concepto rígido para la noción de responsabilidad se ve rápidamente desbordado

¹³²² MONTERO GISBERT, José Ramón y GARCÍA MORILLO, Joaquín: *El control parlamentario*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 28.

¹³²³ FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio: "El control parlamentario ..." op. cit., pp. 107-108.

¹³²⁴ Idem, p. 97.

¹³²⁵ SCHMITT, Carl: "El defensor de la Constitución", en SCHMITT, Carl y Kelsen, Hans: *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 41.

la dinamicidad consustancial de la práctica política que supera cualquier rigidez conceptual¹³²⁶. El control y la responsabilidad presentan facetas con marcado carácter jurídico y elementos de fuerte contenido político¹³²⁷.

Si bien es cierto que se descarta cualquier tesis que considere al control parlamentario como un control estrictamente jurídico¹³²⁸, en el control político están presentes algunos elementos jurídicos ciertamente no prevalentes. Así, la regulación jurídica del procedimiento de control reconoce la libertad de conformación del parámetro que tiene el Parlamento dado el carácter de oportunidad política del canon de comprobación, y además si bien puede acudir a disposiciones constitucionales, a reglas legales o programas, para juzgar un acto o conducta del Gobierno, su interpretación no es jurídica sino que es políticamente libre, no cambiando en nada que sea hecha coyunturalmente por juristas o que se haya recabado previamente a dictámenes jurídicos auxiliares¹³²⁹.

Entre los medios de control político que tiene el Congreso de la República del Perú, podemos distinguir (i) aquellos que tienen un contenido político muy alto o elevado, casi en estado de pureza, con regulación procedimental escasa, como el voto de censura, el rechazo de la cuestión de confianza, y las comisiones parlamentarias de investigación; (ii) otros que incorporan algunos elementos jurídicos tanto en lo procedimental como en el criterio de valoración, como el antejuicio político; y (iii) otros que agregan más de estos elementos jurídicos en ambos niveles, asumiendo una función cuasi-jurisdiccional o material relacionada con el *ius puniendi* del Estado, pero que no pueden prevalecer ni apartar la valoración política final propia del tipo de control, como el juicio político. En cada uno de estos dos últimos grupos se pueden agregar los procedimientos de control interno de sus propios miembros el levantamiento de inmunidad parlamentaria y el procedimiento ético-parlamentario, respectivamente.

¹³²⁶ BUSTOS GISBERT, Rafael: *La responsabilidad política del gobierno ...* op. cit., p. 12.

¹³²⁷ Ibidem.

¹³²⁸ ARAGÓN REYES, Manuel: "El control parlamentario ..." op. cit., pp. 20-23.

¹³²⁹ Idem, pp. 15-16.

7.- El control jurisdiccional de los elementos reglados de los actos políticos.-

La aprobación de normas jurídicas que regulen aspectos de ciertas valoraciones y decisiones políticas, produce también la posibilidad del control del cumplimiento de tales reglas jurídicas, a cargo de los órganos jurisdiccionales, en base a la técnica del control de los *elementos reglados*. Por ello, el mayor grado de intensidad en la cobertura jurídica de tales valoraciones y decisiones pone en jaque al acto político al quedar sometido a un control jurisdiccional cada vez más riguroso y anulatorio del mismo¹³³⁰.

El control de los elementos reglados es una de las técnicas provenientes del derecho francés, destinado a reducir la discrecionalidad de los actos del poder político. Parte de considerar que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes para no justificar de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos. Estos elementos reglados son la misma existencia de la potestad de cuyo ejercicio dimana el acto, la existencia concreta de esta potestad que es imposible que sea totalmente indeterminada, y, la competencia para ejercitarla¹³³¹.

Esta técnica fue recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, que, en las Sentencias de 28 de junio de 1994 del caso del **Nombramiento del Fiscal General del Estado**, y de 4 de abril de 1997 del caso de los **Papeles del CESID**, al admitir la competencia jurisdiccional para controlar los actos políticos del Gobierno, fijó que una vez establecida la naturaleza política del acto, se debe comprobar si existen en la actuación gubernamental elementos reglados, éstos son límites o requisitos legalmente establecidos mediante conceptos judicialmente asequibles, y por tanto, verificables en términos jurídicos por cuanto dichos elementos sí son susceptibles de control de conformidad con la teoría de los actos separables, aceptándose así el examen de las posibles extralimitaciones o incumplimientos de los requisitos previos en que el Gobierno hubiere podido incurrir al adoptar la decisión¹³³².

¹³³⁰ JORDANO FRAGA, Jesús: "¿Jaque mate al acto político?", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 95, Julio-Setiembre 1997, pp. 445-446.

¹³³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Democracia, ley e inmunidades de poder*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, pp. 33-35.

¹³³² NAVAS CASTILLO, Antonia: *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios ... op. cit.*, p. 103.

Precisamente, en el primer caso, como *leading case*, se resolvió el recurso interpuesto contra el nombramiento del Fiscal General del Estado por haber incumplido el requisito previsto por el artículo 29.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que exigía contar con más de quince años de ejercicio efectivo de la profesión¹³³³. Al respecto, la Sala Tercera del Tribunal Supremo reconoció que el sistema normativo admite la existencia objetiva de actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad, aunque no a otros controles derivados de la responsabilidad política o por las indemnizaciones que pudieran originar. Sin embargo, afirma que ello no excluye la vigencia de los artículos 9 y 24.1 de la Constitución que obliga a asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos políticos, en cuyo supuesto los tribunales deben efectuar el examen de las extralimitaciones o incumplimientos de los requisitos previos incurridos por el Gobierno¹³³⁴.

En un acto no susceptible de fiscalización en su contenido final, se reconoce un ámbito de control en relación a aquéllos elementos previstos por la norma, y que afectan bien al procedimiento para la toma de la decisión o bien a determinados requisitos de carácter general que deben cumplirse para dictar el acto, sin juzgar la decisión final en la que no cabe la fiscalización jurisdiccional¹³³⁵. En otros términos, hay un ámbito de fiscalización jurisdiccional en relación a cuestiones sometidas a normas jurídicas, y otro ámbito material no fiscalizable en el que no es admisible la revisión jurisdiccional¹³³⁶.

Este tipo de control jurisdiccional no recae exclusivamente sobre los actos políticos del Gobierno sino que es aplicable a los elementos reglados de las valoraciones y decisiones políticas del Parlamento, por tener la misma naturaleza y por ejercerse para controlar políticamente los actos de la misma naturaleza del Gobierno.

¹³³³ GÓMEZ MONTORO, Ángel J.: "El control jurisdiccional del Gobierno", en ARAGÓN REYES, Manuel y GÓMEZ MONTORO, Ángel J.: *El Gobierno Problemas constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios y Políticos Constitucionales, 2005, p. 488.

¹³³⁴ Ibidem.

¹³³⁵ PALOMAR OLMEDA, Alberto: "El acceso a los cargos y funciones públicas. La fiscalización jurisdiccional del nombramiento del Fiscal General del Estado: La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1994", en *Derechos y Libertades Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N° 4, Año 2, 1995, p. 425.

¹³³⁶ Ibidem, p. 425.

8.- Protección indirecta de derecho fundamental de acceso al cargo.-

La aplicación de las garantías del debido proceso en sede parlamentaria y en los procedimientos a cargo de los órganos electorales sirven como un medio de protección *indirecta* o por *efecto rebote*¹³³⁷ del derecho fundamental al sufragio pasivo en cuanto el derecho a ser elegido y al acceso a los cargos públicos cuando no son tutelados. Por ello, la restauración de las garantías procesales de los candidatos que han sido quebrantadas, importa amparar el derecho a acceder a los cargos de parlamentarios y de otros de elección popular¹³³⁸.

Si el órgano parlamentario adopta un acuerdo o decisión inhabilitando ilícitamente al parlamentario en el ejercicio de la función pública, impidiendo que pueda postular como candidato y sea reelegido nuevamente en dicho cargo o elegido en otro, sin darle la oportunidad de conocer los cargos imputados y la posibilidad de ser escuchado y defenderse o privándolo de otras garantías procesales, lesiona el derecho fundamental al debido proceso y también el derecho a ser elegido y tener acceso a la función parlamentaria mediante la voluntad popular expresada en elecciones.

Asimismo, si el órgano a cargo de llevar a cabo los procedimientos electorales adopta la decisión de excluir ilegalmente a un candidato de participar como tal, por un motivo que no se le ha comunicado previamente y privándolo de la posibilidad de defenderse o de otras garantías procesales como la presunción de inocencia, vulnera de modo concurrente el derecho fundamental al debido proceso y el derecho a ser elegido y acceder al cargo por expresión de la voluntad popular¹³³⁹.

En el caso **Percy Zevallos Fretel**, el Tribunal Constitucional Peruano examinó si el Jurado Nacional de Elecciones tenía la potestad de revisar si un candidato electo había cumplido con los requisitos previstos legalmente para postular, aún cuando las listas de

¹³³⁷ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 105; y, ÚBEDA DE TORRES, Amaya: *Democracia y derechos humanos en Europa y América Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, Editorial Reus, 2007, p. 373. Los autores explican que la jurisprudencia del Tribunal Europeo otorga protección indirecta por extensión o por efecto rebote, propiamente dicha, a derechos no reconocidos expresamente por el Convenio Europeo.

¹³³⁸ Sentencia de CIDH de 23 de junio de 2005, caso *YATAMA vs. Nicaragua*, párr. 150.

¹³³⁹ Sentencia de TCP de 6 de abril de 2004, Exp. N° 2366-2003-AA/TC, *Juan Espino Espino*, F.J. 6 c).

candidatos ya habían sido inscritas y publicadas y las elecciones ya se habían realizado, a propósito de la resolución que dictó el Jurado disponiendo la exclusión del demandante al pronunciarse sobre una solicitud presentada fuera del plazo legal para presentar tachas contra las candidaturas bajo la forma del derecho de petición genérico.

Al respecto, el Tribunal estableció que al emitirse las resoluciones cuestionadas, el Jurado vulneró el derecho a un debido proceso tanto en la forma en la que sustenta el uso de su facultad de exclusión, como en el tiempo en que fueron emitidas tales resoluciones¹³⁴⁰, porque no observó las particularidades de los procedimientos electorales caracterizados por tener etapas con actos y plazos preclusivos y excluyentes, y sujetos a un cronograma electoral, que tienen por fines garantizar los derechos de los candidatos a postular y tener acceso a los cargos públicos, así como de los ciudadanos a participar en elecciones, conocer a los candidatos y a elegirlos como sus representantes.

Para el Tribunal, si se aceptase la hipótesis del ejercicio del derecho de petición, se crea una nuevo procedimiento y se vacía de contenido el plazo que la ley otorga a terceros para impugnar las candidaturas, y que es una garantía para el candidato, quien debe tener la certeza de que una vez pasado dicho plazo no puede ser excluido. Además, la potestad de excluir a un candidato, como prescribe el reglamento, debe ser tramitada y declarada fundada en su oportunidad, es decir mientras la persona continúe siendo un candidato y la etapa de convocatoria aún no haya terminado ni, por tanto, precluido¹³⁴¹.

9.- Protección indirecta de derechos fundamentales de permanencia y desempeño del cargo.-

El cumplimiento previo de las garantías del debido proceso en los procedimientos por los que el Parlamento ejerce potestades sancionatorias y disciplinarias y determina derechos o intereses jurídicos, tiene por objeto que los acuerdos o decisiones que adopten los órganos parlamentarios, no afecten los derechos fundamentales de los parlamentarios a la

¹³⁴⁰ Sentencia de TCP de 13 de junio de 2012, Exp. N° 05448-2011-PA/TC, Percy Zevallos Fretel, F.J. 29.

¹³⁴¹ Idem, F.Js. 33-34.

permanencia y al desempeño efectivo del cargo representativo, así como los derechos personales de otros funcionarios públicos y ciudadanos¹³⁴².

Frente a estas potestades del Parlamento, la existencia de un conjunto de garantías procesales básicas a respetar en los procedimientos parlamentarios, sirve como un límite y freno para evitar que los acuerdos y decisiones que adopten, pudieran violentar los derechos fundamentales de los parlamentarios a la permanencia y al desempeño efectivo del cargo, cuando se traten de medidas drásticas que pueden apartarlos o suspenderlos injustificadamente del ejercicio del cargo y privarlos del desempeño de las facultades del *ius in officium* inherentes al mismo¹³⁴³.

De esta manera, las garantías del debido proceso en sede parlamentaria operan como un medio de protección indirecta de los derechos fundamentales de permanencia y desempeño efectivo del cargo, cuando éstos no son tutelados directamente, y en el mismo sentido, la restauración de las garantías procesales de las que ha sido privado el parlamentario implica amparar también los derechos a su permanencia y al ejercicio efectivo del cargo y facultades.

Un acuerdo o decisión del órgano parlamentario que destituya o suspenda ilegalmente a uno de sus miembros apartándolo del cargo y dejándolo sin la posibilidad de ejercer sus facultades, violando las garantías relativas al principio de legalidad sancionadora y el derecho a la defensa, lesiona el derecho al debido proceso y priva al parlamentario de su derecho a permanecer sin impedimentos ilegítimos en el cargo para el que fue elegido por la voluntad popular¹³⁴⁴, y además la limitación de dichas facultades aún cuando sea por breve tiempo vulnera el derecho al ejercicio y desempeño efectivo del cargo¹³⁴⁵.

¹³⁴² Sentencias de CIDH de 1° de julio de 2011, caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, párr. 115; de 23 de agosto de 2013, caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, párr. 158; y de 28 de agosto de 2013, caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, párr. 171.

¹³⁴³ Sentencia de Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima de 24 de octubre de 2013, Exp. N° 461-2013, Javier Díez Canseco Cisneros, F.J. 4.17; y, Sentencia de TCP de 12 de enero de 2016, Exp. N° 00358-2013-PA/TC, Celia Anicama Ñáñez, F.Js. 7-10.

¹³⁴⁴ TORRES MURO, Ignacio: "La disciplina parlamentaria ante el Tribunal Constitucional" op. cit., p. 218; y, STC 136/1989, de 19 de julio, F.J. 3.

¹³⁴⁵ STC 301/2005, de 21 de noviembre, F.J. 6.

Asimismo, toda vez que estos derechos tienen una dimensión institucional, las garantías del debido proceso protegen el ámbito objetivo conformado por los principios de participación política de los ciudadanos a través de sus representantes libremente elegidos, a la construcción de la relación de representación política y la formación de la voluntad estatal a través de los parlamentarios, y la tutela de las minorías opositoras frente a los órganos parlamentarios que tienen en su composición un predominio de las mayorías políticas. Las facultades sancionatorias y disciplinarias de los órganos parlamentarios no pueden ser ejercidas con abuso y arbitrariedad por parte de las mayorías parlamentarias para contrarrestar y evitar las acciones de las minorías y la oposición política.

Por ello, si los órganos parlamentarios como el Presidente y la Mesa se apartan de la posición de neutralidad, y utilizan sus potestades disciplinarias para debilitar la posición de las minorías, éstas deben tener abierta la posibilidad de cuestionar ante otra instancia de carácter jurisdiccional, las desviaciones y los abusos en el ejercicio tales potestades. Dicha posibilidad es sin duda un freno importante a la tentación de utilizar las potestades disciplinarias como un instrumento represivo que sirva para silenciar a las minorías¹³⁴⁶, y además porque la suspensión total o parcial de la condición de parlamentario rompe, o al menos afecta temporalmente, la relación jurídico-política de representación que une a representantes y representados¹³⁴⁷, lo que puede afectar no sólo al funcionamiento del Parlamento y al Estado en general¹³⁴⁸, en la medida que repercute sobre la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través de sus representantes libremente elegidos, aunque ellos sean minoritarios.

Mediante la tutela jurisdiccional conjunta del debido proceso y de los derechos de permanencia y desempeño del cargo se consigue la aplicación de dichos mecanismos sancionatorios sea prudente y ajustada a derecho, evitando los posibles abusos y recordando a las mayorías que el respeto de los derechos fundamentales de los grupos minoritarios es la

¹³⁴⁶ TORRES MURO, Ignacio: "La disciplina parlamentaria ante el Tribunal Constitucional" op. cit., p. 220.

¹³⁴⁷ MATHEUS FERNÁNDEZ, Juan Miguel: *La disciplina parlamentaria* op. cit., p. 288.

¹³⁴⁸ *Ibidem*.

base de la convivencia pacífica y exenta de enfrentamientos dentro de las asambleas legislativas¹³⁴⁹.

10.- Debido proceso y procedimientos parlamentarios: teoría de escalas.-

Dadas las diversas naturalezas y contenidos eminentemente políticos y la ausencia de responsabilidades penales y de tipo jurídico en general que no se hacen efectivas en modo alguno, los derechos y garantías del debido proceso a favor de las personas comparecientes, funcionarios o ex funcionarios del Estado, no son aplicables ni extensibles a los primeros procedimientos y actos parlamentarios: voto de censura, rechazo de cuestión de censura, y comisiones investigadoras, ni por tanto hay lugar al control jurisdiccional.

A diferencia de los demás en los que corresponde reconocer ciertos derechos y garantías a favor de los funcionarios o parlamentarios sujetos a los procedimientos, matizándose su intensidad dependiendo de si sólo se despoja a los funcionarios y parlamentarios de las garantías del antejuicio político y la inmunidad parlamentaria, que forman parte del estatuto que tienen, con carácter objetivo-funcional pero también subjetivo-personal, para quedar sometidos a un proceso penal *ex post* ante el Poder Judicial, aplicándose un control con un escrutinio laxo o débil en estos casos.

Pero, agravándose a través de un control estricto o intenso en los supuestos en los que el Congreso tenga la facultad de adoptar sanciones de destitución, inhabilitación y suspensión de los procesados, como en el caso del juicio político y el procedimiento ético-parlamentario, pues en éstos adquiere funciones cuasi-jurisdiccionales o materialmente jurisdiccionales, apareciendo los derechos y garantías del debido proceso en su máxima expresión para frenar el ejercicio abusivo de las potestades sancionatorias del Estado, operando como límites para tutelar sus derechos e intereses fundamentales.

Ello en modo alguno puede significar desconocer o negar la naturaleza y características singulares del Parlamento, que admite que estos derechos y garantías sean aplicados ateniendo a la identidad especial que tiene el derecho parlamentario sancionador en el *ius puniendi* del Estado antes explicado.

¹³⁴⁹ TORRES MURO, Ignacio: "La disciplina parlamentaria ante el Tribunal Constitucional" op. cit., p. 220.

La diferenciación del tipo de escrutinio jurisdiccional en estos casos parte de aplicar la teoría de las *escalas de control* que predica una sucesión en la intensidad o grado de control: laxo, estricto o incierto¹³⁵⁰ sobre las medidas nacionales de privación o restricción de los derechos fundamentales de los ciudadanos, extraída de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derechos políticos y electorales. Así, por lo general, el Tribunal Europeo ha utilizado un escrutinio estricto a la hora de admitir restricciones al sufragio activo que al pasivo que es más bien laxo, porque a los candidatos se les pueden razonablemente demandar mayores requisitos y responsabilidades, y se controlan más intensamente las irregularidades del procedimiento electoral que los ingredientes del sistema electoral, que suponen cuestiones abiertas a las decisiones de dirección política sobre el modelo de democracia y la forma de gobierno que desea cada Estado¹³⁵¹.

En algunos casos se puede notar que la Corte Interamericana efectúa un escrutinio más intenso y estricto cuando las violaciones de derechos ocurren en ciertos contextos políticos y sociales desfavorables, como en situaciones de ruptura institucional tras un golpe de Estado que atenta contra el régimen democrático y cuando las víctimas realizan actuaciones y protestas en defensa de la democracia¹³⁵². La aplicación del principio de proporcionalidad para limitar las medidas restrictivas sobre los derechos políticos debe observar que no sólo pueden afectar los derechos de los candidatos que postulan sino también los derechos de los electores, por lo que deben analizarse los casos con el rigor más estricto cuando se tratan de funcionarios elegidos popularmente, a diferencia de la selección de funcionarios designados en las que no intervienen los ciudadanos, para fortalecer la democracia y el pluralismo político¹³⁵³.

Dentro del sistema interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como órgano que recibe las peticiones por violación de la Convención, puede optar por someter o no los casos a la decisión de la Corte Interamericana para garantizar a las

¹³⁵⁰ GARCÍA ROCA, F. Javier y DALLA VÍA, Alberto R.: “Los derechos políticos y electorales ...” op. cit., p. 253; y, GARCÍA ROCA, Javier: *El margen de apreciación nacional en la interpretación ...* op. cit., pp. 204-208.

¹³⁵¹ Ibidem.

¹³⁵² Sentencia de CIDH de 5 de octubre de 2015, caso López Lone y otros vs. Honduras, párrs. 43 y 160.

¹³⁵³ Sentencia de CIDH de 1° de Setiembre de 2011, caso López Mendoza vs. Venezuela, Voto Juez García-Sayán, párrs. 26-27.

víctimas el goce de sus derechos lesionados. Al conocer cierta petición, la Comisión ha recurrido a un margen de apreciación de carácter restrictivo a favor de los Estados cuando adoptan condiciones de inelegibilidad para los jefes de los golpes de Estado que produzcan la ruptura del orden constitucional, y los que como consecuencia de tal hecho asuman la jefatura del Gobierno¹³⁵⁴.

10.1.- Voto de censura y rechazo de cuestión de confianza.-

El rasgo característico del sistema parlamentario es la relación de confianza que se establece entre Gobierno y Parlamento¹³⁵⁵, por el cual, al inicio, mediante el acto de investidura, la mayoría parlamentaria otorga su confianza a un Gobierno liderado por un Presidente y aglutinado en torno a un programa de gobierno a desarrollar durante la legislatura, y después, el control parlamentario puede provocar la pérdida de la confianza de la cámara parlamentaria que implicará la dimisión obligatoria del Gobierno¹³⁵⁶. El voto de censura y la negativa de la cuestión de confianza son los mecanismos de control del Parlamento sobre la actividad del Gobierno que pueden conducir en su dimisión¹³⁵⁷.

Si bien es cierto que el régimen parlamentario como forma de gobierno adoptada en España y Europa significa un distanciamiento y rechazo al presidencialismo, se produce un fenómeno reciente que introduce una práctica política presidencialista, que sin transformar las estructuras parlamentarias, ha dejado en segundo plano a las cámaras parlamentarias y otorgado la primacía indiscutible a la persona que dirige el Gobierno, por diversos factores, como la excesiva personalización de la política, la burocratización de los partidos políticos, el enfoque de los medios de comunicación de masas y de la propaganda electoral, el fortalecimiento del Poder Ejecutivo en la tareas públicas internas y el protagonismo de los Ejecutivos nacionales en la Unión Europea¹³⁵⁸.

¹³⁵⁴ Informe de Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 12 de octubre de 1993, N° 30/93, caso 10.804 Guatemala, párrs. 24 y 31.

¹³⁵⁵ VIRGALA FORURIA, Eduardo: *La moción de censura en la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 196.

¹³⁵⁶ ELÍAS MÉNDEZ, Cristina: *La moción de censura en España y Alemania (Estado, Länder y Comunidades Autónomas)*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2005, pp. 22-23.

¹³⁵⁷ ELÍAS MÉNDEZ, Cristina: *La moción de censura en España y Alemania ...* op. cit., p. 23.

¹³⁵⁸ ARAGÓN REYES, Manuel: "Sistema parlamentario, sistema presidencialista ..." op. cit., p. 34; y, ARAGÓN REYES, Manuel: "Gobierno y forma de gobierno: problemas actuales", en ARAGÓN REYES, Manuel y GÓMEZ

En España se ha robustecido un principio fuerte de liderazgo presidencial¹³⁵⁹, una preeminencia y jeraquía presidenciales por un todopoderoso líder del Gobierno y de la mayoría parlamentaria, frente a la pérdida de centralidad del Parlamento y de los principios complementarios de colegiabilidad gubernamental y autonomía departamental de los ministerios; pero, ello parece frenarse en el nuevo escenario político de los últimos años por el surgimiento de un tetrapartidismo imperfecto¹³⁶⁰.

En el Perú y los países latinoamericanos, la adopción del presidencialismo, o de un hiperpresidencialismo, como forma de gobierno ha sido acompañada por el establecimiento paulatino de elementos de control propios de los sistemas parlamentarios que intentan frenar los poderes excesivos del Presidente de la República, plasmándose así un tipo de sistema híbrido¹³⁶¹, llamado presidencialismo parlamentarizado o atenuado¹³⁶²; por ello, no nos parece extraño referirnos aquí al voto de censura que puede aprobar el Congreso de la República contra el Consejo de Ministros, ni de la facultad de negarle la confianza si es que la solicita, con los efectos políticos más drásticos posibles de provocar que dimita y deje el gobierno.

El artículo 132 de la Constitución Política del Perú contempla los dos medios directos de control más politizados: el voto de censura y el rechazo de la cuestión de confianza,

MONTORO, Ángel J. (Coords.): *El Gobierno Problemas constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 42-46.

¹³⁵⁹ BAR, Antonio: *El Presidente del Gobierno en España: encuadre constitucional y práctica política*, Madrid, Civitas, 1983, pp. 239-245; BAR CENDÓN, Antonio: "El Gobierno en la Constitución y en la Ley del Gobierno de 1997: ¿Colegiabilidad o presidencialismo?", en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 14, 2004, pp. 66-67, 70 y 77; y, FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio: "La primacía del Presidente del gabinete ministerial", en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo (Coord.): *Gobierno y Constitución Actas del II Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Asociación de Constitucionalistas de España-Tirant lo Blanch, 2005, pp. 140-151.

¹³⁶⁰ GARCÍA ROCA, Javier: "Control parlamentario y convergencia ..." op. cit., pp. 77-78; y, BAR CENDÓN, Antonio: "El Gobierno en la Constitución ..." op. cit., p. 77-78.

¹³⁶¹ GARCÍA ROCA, Javier: "Control parlamentario y convergencia ..." op. cit., pp. 76-77.

¹³⁶² GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: "Forma de gobierno en la Constitución Peruana", en GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: *La Constitución en el péndulo*, Arequipa, Universidad Nacional San Agustín, 1996, pp. 77-84; GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: "El presidencialismo atenuado y su funcionamiento (Con referencia al sistema constitucional peruano)", en ELLIS, Andrew, OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús y ZOVATTO, Daniel (Coords.): *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2009, pp. 119-132; GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: "Evolución y características del presidencialismo peruano", en *Pensamiento Constitucional*, N° 13, Año XIII, pp. 95-110; y, VALADÉS, Diego: *La parlamentarización de los sistemas presidenciales* op. cit., pp. 45-47 y 94-99.

caracterizados por tener las notas propias del control político: (i) la libertad de valoración que tiene el Congreso en relación a la política de gobierno del Consejo de Ministros, basada en un parámetro subjetivo, disponible y no preexistente; (ii) por tener razones de oportunidad o conveniencia política para evaluarla; (iii) por la voluntad libre que tiene para promover o no la moción de censura y para aprobarla o no, y rechazar o no la confianza solicitada por los ministros; y (iv) por la naturaleza de órgano político del Congreso.

Si bien se quiere ver el programa de gobierno como un límite jurídico-constitucional en la votación de la moción de censura y de una cuestión de confianza, el Congreso a la hora de debatirla y votarla puede tenerlo en cuenta o no, por la libertad de valoración política y las razones de oportunidad o conveniencia que tiene, dada la inexistencia de un parámetro objetivo o normativo, o mejor dicho la existencia de un parámetro subjetivo y disponible. Al respecto, si bien es verdad que existe constitucionalmente un programa político del Gobierno respecto del cual se solicita y otorga la confianza del Congreso en el procedimiento de investidura, y este programa puede ser el objeto sobre el que verse la cuestión de confianza¹³⁶³, no es menos cierto, sin embargo, que el parámetro de un control de oportunidad resulta plenamente contingente y que únicamente puede adquirir algún tipo de configuración a través de los usos políticos, pero jurídicamente no se puede decir más¹³⁶⁴.

La regulación jurídica de la moción de censura, tan estricta en aspectos como el momento de su presentación, la legitimación para plantearla, el período de reflexión para su votación, las mayorías requeridas para su aprobación, y la exigencia de un candidato alternativo en su caso, se olvida del elemento que fundamentó la relación fiduciaria a la que pretende poner fin mediante este instrumento. El programa, requisito indispensable para la votación de la investidura del Gobierno, es ignorado en el momento de la votación de su

¹³⁶³ PUNSET, Ramón: “El control parlamentario en España: cuestiones controvertidas desde la perspectiva de la forma de gobierno”, en PUNSET, Ramón: *Potestades normativas y forma de gobierno*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 112. El autor agrega el programa, sus modificaciones o adaptaciones y los contraprogramas de la oposición deben ser el eje permanente del debate en el seno del Parlamento y de los instrumentos de control parlamentario en una auténtica democracia.

¹³⁶⁴ PUNSET, Ramón: “El control parlamentario en España ...” op. cit., p. 112.

caída. El que el Parlamento tome el programa como parámetro para valorar la actuación del Gobierno, y para exigirle responsabilidad, queda a su libre discreción¹³⁶⁵.

El voto de censura o del rechazo de la confianza es regulado mínimamente en su procedimiento por normas jurídicas contenidas en los artículos 132 y 133 de la Constitución Peruana, además de las previstas en el Reglamento del Congreso, pues exige que la moción de censura se presente por no menos del 25% del número legal de congresistas, y que el debate y votación de la censura se produzca entre el cuarto y décimo día natural de presentada y con el voto de más de la mitad del número legal de congresistas. En relación a la cuestión de confianza, ésta es planteada por iniciativa ministerial del Presidente del Consejo de Ministros a nombre del consejo.

Una nota característica del régimen presidencialista es que a pesar que el Presidente de la República reúne los papeles de Jefe del Estado y Jefe del Gobierno, dirigiendo la política del gobierno, no responde políticamente de sus actos ante el Congreso, es el Consejo de Ministros y los ministros quienes responden por los actos presidenciales que refrendan. El Presidente sólo puede ser acusado durante su período por hechos graves como traición a la patria, impedir elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales, disolver el Congreso fuera de los casos permitidos, o impedir la reunión y funcionamiento del Congreso, del Jurado Nacional de Elecciones u otros organismos electorales.

La exigencia de una responsabilidad política individual al Presidente de la República en el régimen presidencialista, tiene los mismos fundamentos que la que debe tener el Presidente del Gobierno del régimen parlamentario con independencia de la responsabilidad colectiva del colegio ministerial¹³⁶⁶.

Primero (*i*), la responsabilidad política se conecta con la presencia de poderes propios de dirección política, por lo que si el Presidente como órgano individual, no del colegio gubernamental, tiene funciones propias, debe ser considerado responsable por el ejercicio de

¹³⁶⁵ HOLGADO GONZÁLEZ, María: *El programa de gobierno y sus sistemas de control*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 308-309. La autora agrega que un Gobierno que cumplió con llevar a cabo el programa que anunció y mereció el voto de confianza del Parlamento, puede ser derribado por éste a través de una moción de censura, así como también puede continuar ejecutando sus funciones a pesar de haberlo incumplido sin verse sometido a mociones de censura.

¹³⁶⁶ BUSTOS GISBERT, Rafael: *La responsabilidad política del gobierno ... op. cit.*, pp. 115-116.

tales poderes. Segundo (ii), como el Presidente de la República, el Presidente del Gobierno tiende a obtener una legitimidad democrática directa, su relación con el Parlamento y con el cuerpo electoral es una relación cualificada y personal que no puede diluirse en la responsabilidad colectiva. Tercero (iii), la legitimidad democrática y parlamentaria cualifica las funciones encomendadas a la Presidencia del Gobierno, no son cualesquiera funciones, sino las competencias más relevantes para el correcto funcionamiento del Ejecutivo. Y, cuarto (iv), la posición de preeminencia que tiene para hacer efectiva la responsabilidad intragubernamental de carácter vertical: el Presidente es el sujeto que exige la rendición de cuentas en el seno del Gobierno y, en su caso, se encarga de sancionarla¹³⁶⁷.

Estas funciones tan relevantes deben ser objeto de procedimientos de rendición de cuentas que obliga exclusivamente al Presidente del Gobierno, no al Ejecutivo en su conjunto para responder ante el Parlamento por su ejercicio¹³⁶⁸. En el caso peruano, por la limitación temporal de la responsabilidad política, el Presidente puede y debe rendir cuentas luego de vencido el período de su gobierno.

10.2.- Comisiones parlamentarias de investigación.-

A un escalón menos, las comisiones de investigación se constituyen en órganos auxiliares creados por el Parlamento con carácter temporal, a los que éste encarga que, actuando de modo ágil y preciso, lleven a cabo un procedimiento de recolección y obtención de datos e informaciones sobre un asunto de interés público que preocupa al electorado, a fin de que se produzca un debate político abierto sobre este problema concreto entre la oposición y la mayoría parlamentaria y el Pleno adopte una decisión o posición al respecto¹³⁶⁹.

La Constitución en el artículo 97 dispone que el Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público, estableciendo la obligación de comparecer ante las comisiones a cargo bajo los mismos apremios del proceso judicial, y facultándolas para acceder a cualquier información incluyendo el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria, excepto si afecta la intimidad personal.

¹³⁶⁷ Ibidem.

¹³⁶⁸ Idem, p. 116.

¹³⁶⁹ TORRES MURO, Ignacio: *Las comisiones parlamentarias de investigación* op. cit., pp. 18-20.

Dado el carácter polivalente y multifuncional que tienen, se postulan diferentes posiciones acerca de la naturaleza de las comisiones de investigación. Entre ellas destacan, por un lado, las que opinan que tienen (i) naturaleza política asociada a la función de control que ejerce la minoría opositora sobre el Gobierno y la mayoría que lo respalda¹³⁷⁰, o, en todo caso (ii) por la función de representación política¹³⁷¹, frente a las que consideran que tienen (iii) carácter jurisdiccional por tener poderes equivalentes a los de los jueces en la búsqueda y recolección de datos¹³⁷², y por otra parte, aquellas que le reconocen (iv) una verdadera autonomía funcional en relación a las funciones típicas del Parlamento¹³⁷³, opuesta a las que les asignan (v) una función meramente instrumental¹³⁷⁴ que puede también ser pre-legislativo, no sólo de control, o (vi) simplemente informativa en términos estrictamente jurídico-constitucionales¹³⁷⁵.

Sin detallar en extenso esta interesante confrontación doctrinaria pues se trata en realidad de varios debates a fuego abierto, intenso y cruzado, parece lo más aconsejable acudir a su carácter polivalente y multifuncional para intentar, acorde a su versatilidad, reunir las diversas funciones que más le caracterizan, acentuando la que tiene más impacto y repercusión social, no olvidando las tesis más extremas.

Frente a una de las teorías más difundidas como lo es la del carácter instrumental de las comisiones en la medida que sirven para que el Parlamento cumpla con las funciones

¹³⁷⁰ Idem, pp. 15-25; GARCÍA MAHAMUT, Rosario: *Las comisiones parlamentarias de investigación ... op. cit.*, pp. 150-159; GUDE FERNÁNDEZ, Ana: *Las comisiones parlamentarias de investigación op. cit.*, pp. 26-29; y, TORRES BONET, María: *Las comisiones de investigación ... op. cit.*, pp. 86-87.

¹³⁷¹ ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, Carlos: "Las comisiones de investigación ¿Actos de control o instrumentos de información parlamentaria?", en *Problemas actuales del control parlamentario Enero 1995 VI Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997, pp. 813-814.

¹³⁷² GARCÍA MAHAMUT, Rosario: *Las comisiones parlamentarias de investigación ... op. cit.*, pp. 61-82; la autora explica las *Commissioni D'Inchiesta* en Italia, que averiguan y examinan con análogos poderes e idénticas limitaciones que la autoridad judicial según el artículo 82 de la Constitución Italiana.

¹³⁷³ MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco: *Poderes y límites de la investigación parlamentaria en el Derecho Constitucional Español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2001, pp. 47-49.

¹³⁷⁴ ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, Carlos: "Las comisiones de investigación ..." op. cit., p. 810.

¹³⁷⁵ SANTAOLALLA, Fernando: *El Parlamento y sus instrumentos de información*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982, pp. 42-43 y 152-153; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "Las comisiones de investigación de las Cortes", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N° 10, Marzo 1986, pp. 144-149; MEDINA RUBIO, Ricardo: *La función constitucional de las comisiones parlamentarias de investigación*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 61-81; y, SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando: *Derecho Parlamentario Español op. cit.*, pp. 460-464.

constitucionales de control político¹³⁷⁶ y la legislativa¹³⁷⁷, la teoría que postula la autonomía afirma que el poder de investigación parlamentaria es un poder implícito, pero no instrumental de todas las funciones parlamentarias sino de una especial función de garantía constitucional, que, a diferencia de las otras, no entra en el proceso de formación de voluntad estatal sino que se trata de un mecanismo jurídico de seguridad que tiene por fin salvaguardar y defender la Constitución, la soberanía popular e impedir el ejercicio abusivo de los poderes públicos¹³⁷⁸.

De esta manera, mediante la investigación parlamentaria, el Parlamento pasa de ser un órgano de ejercicio de la soberanía, a ser un órgano con una función de garantía constitucional de la misma, con una posición primaria y autónoma, que no puede confundirse con las funciones propias de la cámara como son la función legislativa, de dirección y de control político. El Parlamento cuando desarrolla una investigación parlamentaria, cumple la función de garantía constitucional¹³⁷⁹.

No obstante ello, la tesis de la autonomía es una posición peculiar que no se condice con la opinión mayoritaria que prefiere destacar el carácter instrumental de las comisiones con relación a las funciones y tareas que cumple el Parlamento. En este sentido, se define que las comisiones de investigación como instrumentos al servicio del Parlamento, en tanto representantes del pueblo, que sirven para la fiscalización, seguimiento e información de todos aquellos asuntos o problemas que afectan a la sociedad, y que por su relevancia son considerados como de interés público¹³⁸⁰.

Este carácter instrumental no las hace sólo dependientes de una única función la de control político, sino que permite abarcar el universo del conjunto de las atribuciones y potestades del Parlamento, enfatizando su naturaleza polivalente o multifuncional. Las comisiones de investigación constituyen un mecanismo parlamentario versátil y polivalente, cuya naturaleza jurídico-constitucional no radica en la función de control, sino en la atribución general del conjunto de potestades que al Parlamento encomienda la Constitución,

¹³⁷⁶ TORRES BONET, María: *Las comisiones de investigación ...* op. cit., p. 87.

¹³⁷⁷ ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, Carlos: "Las comisiones de investigación ..." op. cit., p. 814.

¹³⁷⁸ MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco: *Poderes y límites de la investigación ...* op. cit., pp. 47-48.

¹³⁷⁹ Idem, p. 48.

¹³⁸⁰ ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, Carlos: "Las comisiones de investigación ..." op. cit., p. 810.

lo que no impide que a través de una investigación parlamentaria se pretenda, bien únicamente obtener información para fines legislativos, bien investigar una actividad determinada, o bien como consecuencia de la investigación producir una situación de desgaste que lleve a la disolución anticipada de la cámara o a la presentación de una moción de censura¹³⁸¹.

Este énfasis en el conjunto de las funciones del Parlamento se sustenta, a su vez, en la idea de que el fundamento constitucional del que parten las comisiones de investigación no se encuentra en la función de control, sino en la función de representación que tienen cada uno de los parlamentarios y el Parlamento en su conjunto¹³⁸².

Sin embargo, la incidencia y relevancia de estas comisiones no ha sido repartida uniformemente entre cada una de las funciones del Parlamento, mucho menos ha quedado reducida a la mera representación política, pues, sin duda el impacto de las comisiones se ha dirigido a la función de control político de un hecho de relevante interés social de responsabilidad del Gobierno, repercutiendo así en los ciudadanos y la comunidad en su conjunto a través de los medios que se comunican con ellos.

Desde esta perspectiva, la única razón que justifica una comisión de investigación es la existencia de un asunto de enorme magnitud social que requiere ser investigado por la presunta responsabilidad en la que pudiera haber incurrido el Gobierno en lo que de él haya dependido¹³⁸³. A fin de someter la acción del Gobierno al control parlamentario, las distintas fuerzas políticas integrantes de una comisión de investigación deben, primero (*i*), recabar toda la información precisa de lo acontecido, segundo (*ii*), investigar todos aquellos aspectos controvertidos, y tercero (*iii*), finalmente, verificar la acción del Gobierno con el ánimo de depurar responsabilidades políticas¹³⁸⁴.

Ciertamente que la calificación de las comisiones como instrumentos de control y no como meramente informativos es evidente en cuanto que recibir información es para el Parlamento un medio y no un fin, lo principal o sustantivo es el control que a través de ellas

¹³⁸¹ Idem, p. 814.

¹³⁸² Idem, pp. 813-814.

¹³⁸³ GARCÍA MAHAMUT, Rosario: *Las comisiones parlamentarias de investigación ... op. cit.*, p. 159.

¹³⁸⁴ Ibidem.

se realiza, y lo meramente auxiliar o accesorio es obtener la información suficiente para ello¹³⁸⁵. Así, en realidad, una vez creadas por el Parlamento, las comisiones de investigación son medios auténticos de control parlamentario, que en pocas ocasiones pueden cumplir otras funciones¹³⁸⁶, y puestas en marcha se erigen en medios indiscutibles a través del cual opera el control parlamentario sobre el Gobierno¹³⁸⁷.

Como cualquier medio de control parlamentario en el que la responsabilidad política es indirecta o difusa, lo más importante para estos efectos no es la decisión final que la cámara adopte a resultas de lo actuado por este tipo de comisiones, porque habida cuenta que la decisión la impondrá la mayoría, lo relevante es el hecho mismo de llevar a cabo la investigación, a través de toda la actividad fiscalizadora a través de la revelación y comprobación de los hechos, y la discusión y debate sobre los mismos, que la comisión realiza¹³⁸⁸.

En tal sentido, se puede concluir que los rasgos más característicos son tratarse de órganos del Parlamento auxiliares al mismo y temporales, y que tienen funciones netamente políticas¹³⁸⁹. Las comisiones de investigación se convierten en instrumentos de lucha política, que contribuyen a que el debate político sea abierto y los problemas que preocupan a los ciudadanos se discutan en profundidad en el seno del Parlamento, y tengan repercusión pública con miras a que el electorado tome conocimiento de los mismos¹³⁹⁰.

Por ello, en este contexto las comisiones investigación representan un papel importante para el debate político de los problemas concretos que preocupan al electorado. El debate político se desarrolla tras un procedimiento de obtención de datos que la Asamblea delega a las comisiones para que actúen con agilidad, sobre cuestiones bien precisas, y dotadas de un margen amplio de maniobra que no tienen otros órganos¹³⁹¹.

¹³⁸⁵ ARAGÓN REYES, Manuel: "El control parlamentario ..." op. cit., p. 33.

¹³⁸⁶ GUDE FERNÁNDEZ, Ana: *Las comisiones parlamentarias de investigación* op. cit., p. 29.

¹³⁸⁷ GARCÍA MAHAMUT, Rosario: *Las comisiones parlamentarias de investigación ...* op. cit., p. 159.

¹³⁸⁸ ARAGÓN REYES, Manuel: "El control parlamentario ..." op. cit., pp. 33-34.

¹³⁸⁹ TORRES MURO, Ignacio: *Las comisiones parlamentarias de investigación* op. cit., p. 18.

¹³⁹⁰ Idem, pp. 17-18.

¹³⁹¹ Idem, pp. 18-19.

El artículo 88 del Reglamento del Congreso desarrolla una regulación de las funciones y del procedimiento que deben seguir las comisiones investigadoras desde que se constituyen hasta que presentan su informe. La admisión a debate y aprobación de la constitución de una comisión requiere el voto favorable del 35% de los miembros del Congreso. Debe evitarse que la integren quienes la solicitaron para garantizar el debido proceso.

Las autoridades, funcionarios y servidores públicos y cualquier persona están en la obligación de comparecer ante ellas y proporcionar informaciones testimoniales y documentarias. Los requerimientos para comparecer mediante oficio, cédula o citación pública deben comunicar los datos necesarios para que se conozca del apercibimiento y de las responsabilidades en caso de resistencia. Los apremios de conducción por la fuerza pública y de allanamiento de domicilios o locales se solicitan ante el Juez Penal para que los evalúe y disponga¹³⁹². Los comparecientes tienen derecho a ser informados con anticipación sobre el asunto de la concurrencia, y a acudir en compañía de abogado. Las comisiones están facultadas para solicitar el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria¹³⁹³.

El informe de la comisión se presenta dentro del plazo fijado por el Pleno, pudiendo solicitarse la prórroga. Las conclusiones del informe deben comprender la tipificación de los presuntos delitos cometidos, formulando denuncia penal y denuncia constitucional si se tratan de altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99 de la Constitución. Si es aprobado el informe el Congreso, lo envía al Fiscal de la Nación respecto a personas no pasibles de acusación constitucional, y se tramita conforme a los artículos 99 y 100 si se trata de funcionarios sujetos a antejuicio por delitos de función.

Aquí puede confundirse la actividad de las comisiones como de carácter jurisdiccional, tanto por tener ciertas facultades equivalentes a las de los jueces, o, en todo caso, de naturaleza pre-judicial por tener la capacidad de impulsar la actuación de los órganos que forman parte del sistema de justicia. Al respecto, una teoría jurisdiccional debe revisarse porque implicaría permitir una superposición y eventual colisión de funciones al investigarse

¹³⁹² DELGADO-GUEMBES, César: *Manual del Parlamento* op. cit., pp. 478-482.

¹³⁹³ *Idem*, pp. 482-483.

los mismos hechos, incompatible con la naturaleza de las actividades del Parlamento y el Poder Judicial acorde al Estado de Derecho y el principio de división de poderes.

En primer lugar (*i*), las funciones de las comisiones y los tribunales están claramente separadas. Las comisiones investigan la actuación del Gobierno o la administración para aportar claridad y datos de juicio a la cámara ante la posible existencia de responsabilidades políticas, mientras que los Tribunales en todo caso juzgarán las posibles ilegalidades en su actuación. En segundo término (*ii*), en cuanto al inicio y funcionamiento, la actuación de los órganos jurisdiccionales se lleva a cabo mediante un proceso de carácter preceptivo, desde su inicio, durante el desarrollo, hasta llegar a la adopción de la decisión judicial, se encuentra regulado por normas jurídicas en aras de la seguridad jurídica; a diferencia de ello, las comisiones creadas como fruto de una libre decisión de oportunidad política del Parlamento, una vez constituidas se rigen por las normas procedimentales que regulan los pasos a seguir para efectuar sus trabajos y adoptar sus informes. En tercer y último lugar (*iii*), las finalidades de las actuaciones son distintas, mientras que en el proceso penal se intentará esclarecer si se han producido conductas tipificadas como infracciones penales, en la encuesta parlamentaria se analizará la existencia de responsabilidad política respecto de unos hechos, que pueden coincidir o no con el objeto del proceso penal¹³⁹⁴.

Por todo ello, la función de las comisiones de investigación se agota en la detección de posibles responsabilidades políticas en relación con los hechos investigados, y éste es el punto límite de sus actuaciones. Las demás irregularidades legales que puedan existir versando sobre los mismos hechos deben investigarse para exigir responsabilidades penales en el ámbito judicial¹³⁹⁵, abriéndose tan sólo una vía de comunicación, en base al principio de colaboración, por la que las investigaciones parlamentarias cuando hubieren indicios de criminalidad se ponen en conocimiento del Ministerio Público para que se investiguen en la vía judicial penal¹³⁹⁶.

¹³⁹⁴ TORRES BONET, María: "Las relaciones entre las comisiones de investigación y el Poder Judicial", en *Problemas actuales del control parlamentario Enero 1995 VI Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997, pp. 666-667 y 674-675.

¹³⁹⁵ Idem, pp. 666-667.

¹³⁹⁶ TORRES BONET, María: *Las comisiones de investigación ... op. cit.*, p. 152; y, GARCÍA MAHAMUT, Rosario: "Las comisiones de investigación y el poder judicial", en *Instituciones de Derecho Parlamentario, VI, Relaciones*

De esta manera, el carácter jurisdiccional o pre-judicial de las comisiones queda desvirtuado porque el carácter político de las comisiones de investigación excluye cualquier intromisión en el ejercicio de la función jurisdiccional, encomendada con exclusividad a los jueces y tribunales¹³⁹⁷, como lo dispone el artículo 139, numeral 1, de la Constitución; además, en este sentido, el mismo artículo 139, numeral 2 *in fine*, establece que el ejercicio de la facultad de investigación del Congreso no debe interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno, y el artículo 97, *in fine*, prescribe que sus conclusiones no obligan a los órganos jurisdiccionales.

El requerimiento para comparecer obligatoriamente ante las comisiones bajo los apremios del procedimiento judicial, previsto por el mismo artículo 97, no permite a las comisiones disponer directamente de medidas coercitivas para tales efectos, sino que éstas deben acudir y solicitarlas motivadamente a los jueces para que las decreten, en ejercicio de su autonomía jurisdiccional, y ponderando la necesidad de restringir los derechos de los comparecientes para que se cumplan los fines de la investigación. En este sentido, el artículo 88 del Reglamento del Congreso señala que si bien las autoridades, funcionarios y servidores públicos y cualquier persona están en la obligación de comparecer y proporcionar informaciones testimoniales y documentarias ante las comisiones si son requeridas por éstas, los apremios de conducción por la fuerza pública y de allanamiento de domicilios o locales se solicitan ante el Juez Penal para que los disponga.

Sólo en cuanto las comisiones pueden incidir en ciertos derechos fundamentales de los comparecientes, como a la intimidad personal y al honor, el secreto profesional, la cláusula de conciencia y otros, los procedimientos investigatorios parlamentarios deben contemplar con las garantías procesales adecuadas para evitar actos abusivos que puedan lesionarlos¹³⁹⁸. En ciertos casos, si un compareciente alegase el derecho a la intimidad o el secreto profesional para evitar declarar y no revelar las relaciones con sujetos eventualmente corruptos, una solución intermedia que respete los intereses en juego, es recurrir a las sesiones secretas para recabar la información, porque la simple negativa a declarar por tales

entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial, Vitoria-Gasteiz, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, 2007, pp. 54 y 61.

¹³⁹⁷ TORRES BONET, María: "Las relaciones entre las comisiones de investigación ..." op. cit., p. 668.

¹³⁹⁸ GUDE FERNÁNDEZ, Ana: *Las Comisiones parlamentarias de investigación* op. cit., pp. 241-243.

motivos supone colocar en un nivel de protección inferior al interés público que tiene la investigación parlamentaria respecto de los derechos de los comparecientes, cuando lo que se busca es esclarecer asuntos que causan alarma social¹³⁹⁹.

10.3.- Juicio político.-

Acerca de la acusación constitucional prevista por los artículos 99 y 100 de la Constitución, el Tribunal Constitucional afirma que contiene dos procedimientos con naturaleza y alcances distintos: uno *(i)* el juicio político y otro *(ii)* el antejuicio político¹⁴⁰⁰. Para el Tribunal, el juicio político es un procedimiento de contenido eminentemente político, seguido en su totalidad ante el Congreso de la República, en el que tiene la potestad de sancionar al funcionario. Es decir, el funcionario es acusado, procesado, y, de ser el caso, sancionado por el propio Congreso, por faltas única y estrictamente políticas¹⁴⁰¹.

La Comisión Permanente acusa ante el Congreso a los altos funcionarios del Estado: el Presidente de la República, a los congresistas, a los ministros, a los miembros del Tribunal Constitucional, a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, a los vocales de la Corte Suprema, a los fiscales supremos, al Defensor del Pueblo y al Contralor General, por infracción de la Constitución cometida en el ejercicio de la función y hasta cinco años después de haber cesado. El Congreso tiene las facultades de suspender o no al funcionario acusado, de inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, y de destituirlo de su función. En ambos momentos, el acusado tiene derecho a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la comisión y el Pleno del Congreso.

De esta manera, al afirmar el Tribunal que hay dos procedimientos, opta por una de las dos posiciones debatidas por la doctrina nacional. Por una parte *(i)*, se afirma la presencia de dos instituciones, destacándose el antejuicio político presente en la Constitución histórica

¹³⁹⁹ BUSTOS GISBERT, Rafael: "Corrupción de los gobernantes ..." op. cit., p. 158. El autor postula una reforma de las normas reguladoras en relación a los derechos de los comparecientes ante las comisiones, que establezca que no cabe que aleguen ciertos derechos para evitar declarar en el curso de una investigación parlamentaria, atendiendo que estas comisiones persiguen el esclarecimiento de asuntos que despiertan especial alarma social.

¹⁴⁰⁰ Sentencia de TCP de 1° de diciembre de 2003, Exp. N° 0006-2003-AI/TC, 65 Congresistas, F.J. 2; y, EGUIGUREN PRAELI, Francisco José: "Antejuicio y juicio político en el Perú", en *Pensamiento Constitucional*, N° 13, Año XIII, pp. 143-148.

¹⁴⁰¹ Sentencia de TCP de 1° de diciembre de 2003, Exp. N° 0006-2003-AI/TC, 65 Congresistas, F.Js. 21 y 25.

hasta 1979, diferente del *impeachment* norteamericano, y cuestionándose los elementos extraños de una especie de juicio político incorporados por los artículos 99 y 100 de la Constitución actual de 1993¹⁴⁰². Pero, por otra parte (ii), se niega tal posición contestándose en el sentido que la institución es una sola: el juicio político, traducción del *impeachment*, con varios modelos en los países latinoamericanos, y que ciertos elementos ajenos se han incorporado al modelo histórico en nuestro país¹⁴⁰³. Ambas posiciones coinciden en el carácter autoritario y antidemocrático del juicio político, y violatorio de los derechos fundamentales de los procesados en el mismo¹⁴⁰⁴.

También se habla de un modelo de responsabilidad constitucional, por el que el fin esencial de la actividad estatal será determinar si se ha vulnerado la distribución de funciones orgánicas, a través de un abuso de las atribuciones asignadas a un alto funcionario del Estado, a través de las infracciones constitucionales¹⁴⁰⁵.

El Tribunal Constitucional interpreta que conforme a las normas constitucionales, el Congreso está facultado para acusar por infracción de la Constitución a los funcionarios públicos que forman parte de la estructura orgánica del Estado. La infracción constitucional consiste en toda falta política en que incurran que compromete peligrosamente el desenvolvimiento adecuado del aparato estatal. La razón del eventual despojo del cargo en estos casos, no tiene origen en la comisión de un delito, sino en la comisión de faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario, la que debe ir indefectiblemente ligada al cargo que ostenta¹⁴⁰⁶.

Posteriormente, el Tribunal ha considerado necesario aplicar también el principio de legalidad y taxatividad a las infracciones constitucionales, apartándose del criterio anterior que tenía que no lo exigía. Para el Tribunal, la taxatividad no sólo se exige a los delitos, alcanza también a las infracciones constitucionales tal como aplicó la Ley de Acusación Constitucional de junio de 1834, porque la existencia previa de una tipificación de la

¹⁴⁰² PANIAGUA CORAZAO, Valentín: "La justiciabilidad de los actos ..." op. cit., pp. 183-196.

¹⁴⁰³ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: "¿Antejuicio, acusación constitucional, juicio político?", en *Revista Jurídica del Perú*, N° 55, Marzo/Abril 2004, Año LIV, pp. 5-18.

¹⁴⁰⁴ Idem, p. 17; y, PANIAGUA CORAZAO, Valentín: "La justiciabilidad de los actos ..." op. cit., pp. 196-203.

¹⁴⁰⁵ MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo: *La infracción constitucional*, Lima, Palestra, 2005, p. 135.

¹⁴⁰⁶ Sentencia de TCP de 1° de diciembre de 2003, Exp. N° 0006-2003-AI/TC, *65 Congresistas*, F.J. 20.

conducta que genera la responsabilidad política por infracción constitucional, se justifica para asegurar el principio de interdicción de la arbitrariedad, aunque la infracción provenga de motivos estrictamente políticos¹⁴⁰⁷.

A pesar de la exhortación del Tribunal Constitucional al Congreso para que las regule, las infracciones a la Constitución no se han tipificado mediante una ley hasta la fecha; por ello, por ahora, conviene concluir que la infracción de la Constitución puede ser sancionada sin necesidad de que esté tipificada como delito o regulada en una ley específica. Si bien es verdad que el concepto de infracción constitucional no se encuentra suficientemente delimitado en la Constitución, se puede entender, sin embargo, que una infracción constitucional se configura ante la comisión de cualquier acto u omisión que contravenga o afecte algún precepto constitucional¹⁴⁰⁸.

Así, la infracción constitucional es aquella conducta del alto funcionario o ex funcionario que configura una trasgresión manifiesta de un precepto constitucional que impone un mandato, un deber de función o actuación, sin que ello se encuentre tipificado penalmente como delito. Por tal conducta inconstitucional no procede el procesamiento judicial o sanción penal del infractor, pero sí la sanción política por el Congreso de este accionar reprochable, consistente en la destitución del cargo o la inhabilitación para el desempeño de toda función pública hasta por diez años¹⁴⁰⁹.

En tal sentido, resulta claro que para que se verifique, no se requiere normas o leyes expresas que desarrollen o regulen sus alcances, aunque si es recomendable que se hagan precisiones conceptuales y técnicas en el tratamiento de este tema, porque a pesar que una

¹⁴⁰⁷ Sentencia de TCP de 8 de Agosto de 2012, Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, César Tineo Cabrera, F.J. 13; y, PANIAGUA CORAZAO, Valentín: "La justiciabilidad de los actos ..." op. cit., p. 190. Para Paniagua, la Constitución no permite acusar y sancionar infracciones constitucionales no tipificadas legalmente, por la reserva formal de ley prevista por el Art. 2°, inc. 24) d), de la Constitución.

¹⁴⁰⁸ EGUIGUREN PRAELI, Francisco: "La infracción constitucional como límite a la inviolabilidad por votos u opiniones de los parlamentarios", en EGUIGUREN PRAELI, Francisco: *Estudios constitucionales*, Lima, ARA, 2002, p. 454.

¹⁴⁰⁹ EGUIGUREN PRAELI, Francisco José: "Antejuicio y juicio político en el Perú" op. cit., p. 150. El autor afirma que proponer la tipificación de las conductas que configuran una infracción de la Constitución y su sanción respectiva, es innecesaria e incongruente, porque con ello se incurre en el error de querer "penalizar" tales infracciones, convirtiéndolas en una suerte de delitos, quedando sujetas a las reglas del Derecho Penal, cuando la razón del juicio político es imponer una sanción política a quienes han actuado de manera contraria a los mandatos emanados de la Constitución, sin que estén calificados como delitos.

fórmula abierta trae consigo el riesgo que facilite su manipulación política, la interpretación adecuada y razonable de la Constitución puede clarificar su naturaleza y límites, y evitar que se abuse de esta institución¹⁴¹⁰.

Entre las sanciones que pueden ser adoptadas, la destitución del cargo es la consecuencia inherente de la responsabilidad política propia de un juicio político, porque tiene por objeto alejar al alto funcionario estatal del cargo pues su actividad ha sido tan dañina a la investidura que ostentaba, que así será imposible que continúe desplegándola¹⁴¹¹.

Y la inhabilitación es idónea para que la impunidad que muchas veces lleva consigo este procedimiento no se produzca, pues inhabilitar a una persona no sólo permite que esta persona sea expulsada del Estado, sino que además, no se le permita durante un cierto tiempo, que sea parte de él, por lo que se podrá sancionar al ex funcionario que ya ha dejado el cargo, porque al tener esta nueva condición, la destitución no tendría sentido alguno en su caso¹⁴¹².

Por la naturaleza y efectos de este procedimiento del que puede emanar una sanción que prive al funcionario de sus derechos políticos, éste debe someterse a las garantías y derechos procesales que reconocen los principios del acusatorio y de la contradicción¹⁴¹³, presentes en los artículos 99 y 100 de la Constitución. El principio del acusatorio supone que un mismo órgano no puede ejercer las funciones de investigación en la fase preliminar, y de enjuiciamiento en la del juicio, porque ello pone en riesgo la imparcialidad del juzgador al pronunciar la decisión correspondiente¹⁴¹⁴.

¹⁴¹⁰ EGUIGUREN PRAELI, Francisco: "La infracción constitucional como límite ..." op. cit., pp. 454-455; y, EGUIGUREN PRAELI, Francisco José: "Antejuicio y juicio político en el Perú", pp. 150-151. El autor sostiene que la interpretación amplia y flexible que propone en la calificación por el Congreso de la infracción de la Constitución, es la naturaleza y el sentido del juicio político, y que el riesgo que ello implica, se modula entendiendo que la conducta a sancionar tiene que suponer una violación manifiesta o un desacato directo de lo establecido por un precepto constitucional.

¹⁴¹¹ MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo: *La infracción constitucional* op. cit., p. 602.

¹⁴¹² Idem, pp. 606-607.

¹⁴¹³ MONTERO AROCA, Juan: "El principio acusatorio Un intento de aclaración conceptual", en *Justicia*, N° IV, Año 1992, pp. 775-789.

¹⁴¹⁴ Idem, p. 780.

El fundamento del principio acusatorio es la imparcialidad del juzgador al momento del juicio, porque ésta exige que no sea el juzgador el que formule la acusación. En otros términos, la acusación no puede provenir del mismo órgano que después será el juzgador¹⁴¹⁵.

Por otra parte, a diferencia del principio acusatorio, el principio de contradicción que se manifiesta en los derechos de ambas partes a ser oídos y a la defensa del procesado, no se refiere a un aspecto específico del proceso, sino que es el presupuesto de la existencia del mismo. Sin contradicción, no hay proceso, sino algo distinto; este principio es previo a como se conforme después del proceso. No se puede decir que la contradicción es consecuencia del principio acusatorio, cuando aquélla determina si hay o no proceso, mientras ésta se refiere a la forma de conformar el proceso ya existente¹⁴¹⁶.

En la relación entre acusación y defensa, si sólo existiese la primera no sería una acusación sino la misma condena directa y un procedimiento represivo que satisfaga el deseo de venganza y no un medio eficaz para encontrar la verdad. Por ello, la configuración de un proceso con partes en condiciones de igualdad, por la que la defensa se constituye como parte procesal que se opone a la acusación, implica que el acusado y la parte acusadora, tengan el derecho a ser oídas, en el sentido de que puedan alegar, demostrar, y debatir sobre los materiales de hecho y de derecho que puedan conformar la resolución e influir en el sentido de la misma¹⁴¹⁷.

El artículo 89 del Reglamento del Congreso regula el procedimiento de acusación constitucional al que se someten los altos funcionarios del Estado. Las denuncias constitucionales que presenten los congresistas, el Fiscal de la Nación o cualquier persona agraviada son calificadas por la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, y con la aprobación de la mayoría de miembros de la Comisión Permanente, la Subcomisión se encarga de llevar a cabo la investigación, notificando al denunciado para que presente su descargo y medios de prueba, y llevando a cabo la audiencia con citación de las partes, actuación de pruebas y el uso de la palabra del denunciado y de los miembros de la comisión.

¹⁴¹⁵ Idem, pp. 780-781 y 786.

¹⁴¹⁶ Idem, p. 787.

¹⁴¹⁷ MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo: *La infracción constitucional* op. cit., pp. 138-139.

Si el informe proponiendo la acusación es aprobado por la Comisión Permanente, ésta nombra la Subcomisión Acusadora que sustenta su informe ante el Pleno, que debate y vota la acusación, pudiendo acordar que hay lugar o no a formación de causa. El acuerdo aprobatorio que impone sanción de suspensión, inhabilitación o destitución por infracción constitucional requiere el voto favorable de 2/3 del número de miembros del Congreso, sin participación de los miembros de la Comisión Permanente.

El Reglamento reconoce que el denunciado puede ser asistido o representado por abogado durante las diferentes etapas del procedimiento, conforme a lo prescrito por el artículo 100 de la misma Constitución.

La incorporación por parte de la Constitución de los derechos y garantías a la defensa y a la asistencia de abogado, conforme a las reglas previstas por el Reglamento del Congreso, para asegurar los derechos de los funcionarios y ex funcionarios frente a la potestad sancionatoria del Congreso en el juicio político, justifican que por las posibilidades de ser infringidas, el afectado pueda solicitar que los órganos jurisdiccionales controlen y revisen los actos y procedimientos parlamentarios para tutelar sus derechos fundamentales que resulten vulnerados. El control jurisdiccional estricto o intenso del respeto al debido proceso y a los demás derechos fundamentales resulta indispensable para que la actuación del Congreso no sea abusiva ni tenga por objeto la persecución política de los procesados.

10.4.- Procedimiento ético-parlamentario.-

Según el Código de Ética Parlamentaria que forma parte del Reglamento del Congreso, para que se cumplan las normas y deberes de conducta que los congresistas deben observar, preservar la imagen del Congreso y asegurar la transparencia en la administración de los fondos confiados, el procedimiento de ética-parlamentaria tiene por fin establecer los mecanismos de investigación y de sanción a los congresistas que contravengan dichos deberes y se valgan de sus cargos para enriquecerse o cometer actos de corrupción.

Los deberes de conducta que tienen los congresistas están previstos por el artículo 4 del Código de Ética; entre ellos están *(i)* el deber de respeto a la investidura parlamentaria, incompatible con conductas contrarias al orden público y las buenas costumbres, *(ii)* el deber de abstenerse de efectuar gestiones ajenas a su labor parlamentaria ante entidades del Estado,

(iii) el de declinar atenciones que puedan ser medio para interferir en el desempeño de sus funciones, (iv) el de no pretender trato preferencial en los trámites personales o familiares ante entidades públicas o privadas, (v) en el caso de participar en discusiones de temas, investigaciones, y/o en el debate o aprobación de leyes que favorezcan intereses económicos directos personales o familiar, el deber de explicitar tales vinculaciones¹⁴¹⁸, (vi) el de responsabilizarse por los documentos que firma y sella, y (vii) el de no emplear o tener *ad honórem* en el servicio parlamentario de su despacho congresal o en comisiones que integre, familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Además, el artículo 5 del código obliga a los congresistas a presentar por transparencia el informe público ante el Consejo Directivo al finalizar el período anual de sesiones. El artículo 6 establece el deber de tratar a sus colegas con respeto, tolerancia y observando las reglas de cortesía y de disciplina parlamentaria. Y el artículo 7 señala que debe dar cuenta de los gastos incurridos por sus funciones, le prohíbe recibir donaciones, y obliga al uso de los bienes y servicios del Congreso para la función parlamentaria.

La Comisión de Ética Parlamentaria es la encargada de conocer, de oficio o por denuncia de parte, del procedimiento de investigación y resolver en primera instancia las infracciones al Código de Ética que cometan los congresistas. La Comisión aprueba el Reglamento del procedimiento de investigación. Según la gravedad de la falta, puede imponer las sanciones de recomendación pública, amonestación escrita pública con o sin multa, y de recomendación al Pleno del Congreso de la suspensión en el ejercicio del cargo y descuento de sus haberes desde 3 hasta 120 días de legislatura. Aquí conviene precisar que es la propia Constitución la que en el artículo 95, párrafo segundo, fija el límite temporal máximo de la sanción de suspensión al disponer que no puede exceder de 120 días de legislatura.

Como la sanción más drástica o de extraordinaria gravedad¹⁴¹⁹, la suspensión del mandato parlamentario consiste en la (i) privación temporal (ii) del ejercicio del cargo

¹⁴¹⁸ *Normas de conducta para la vida pública Informe Nolan* op. cit., p. 24; y *Código de conducta para los miembros del Parlamento* op. cit., párrs. 8 y 10; por el principio de la honestidad, los titulares de los cargos públicos tienen la obligación de declarar todos los intereses privados relacionados con sus funciones públicas y de adoptar medidas para solucionar cualquier conflicto que surja protegiendo el interés público.

¹⁴¹⁹ MONTANER SALAS, Carlos: "Adquisición, Suspensión y Pérdida ..." op. cit., pp. 312-313.

público representativo o de alguna de sus facultades o derechos inherentes, (iii) que opera como reacción institucional de la cámara frente a los desórdenes e incumplimiento de deberes por parte de los parlamentarios, en procura del desarrollo adecuado de la función parlamentaria¹⁴²⁰. Si bien es posible distinguir y separar dos modalidades de suspensión, una (i), la privación temporal de una o varias facultades, y dos (ii), la suspensión temporal de la condición de parlamentario¹⁴²¹, se opta por la segunda y más severa al adoptarse la fórmula de la suspensión en el ejercicio del cargo, con el descuento de la remuneración correspondiente.

Así se puede observar que la suspensión del mandato parlamentario es, en términos estrictamente técnicos, una medida restrictiva o limitativa de los derechos fundamentales de los parlamentarios a la permanencia, y, con mayor precisión, al desempeño y ejercicio del cargo, porque incide directamente sobre el conjunto de facultades y derechos del *ius in officium* del parlamentario¹⁴²². En realidad, la condición de diputado no es objeto de suspensión, pues lo que se suspende es el ejercicio de sus derechos, deberes y prerrogativas durante cierto período¹⁴²³. La condición misma de diputado queda incólume¹⁴²⁴.

La suspensión total o parcial de la condición de parlamentario afecta temporalmente la relación jurídico-política de representación que une a representantes y representados. Aunque no lo hace de modo permanente, puede afectar no sólo al funcionamiento de las cámaras parlamentarias, sino el general del Estado. Por ello, en los supuestos de hecho que se permita legalmente la suspensión de la condición de parlamentario se aplica un régimen especial de garantía, que asegure el uso legítimo y razonable de las potestades disciplinarias del Parlamento¹⁴²⁵.

Para garantizar los derechos de los representantes en los procedimientos de disciplina parlamentaria, en España, el Tribunal Constitucional optó por la posición de aplicar los principios del *ius puniendi* del Estado y la tutela jurisdiccional de sus derechos fundamentales

¹⁴²⁰ MATHEUS FERNÁNDEZ, Juan Miguel: *La disciplina parlamentaria* op. cit., p. 290.

¹⁴²¹ DEL PINO CARAZO, Ana: "La suspensión de los derechos de los parlamentarios", en *CORTS: Anuario de derecho parlamentario*, N° 17, Año 2006, pp. 239-243.

¹⁴²² Idem, pp. 230-234; y, MATHEUS FERNÁNDEZ, Juan Miguel: *La disciplina parlamentaria* op. cit., p. 288.

¹⁴²³ SANZ PÉREZ, Ángel L.: *El mandato parlamentario: su adquisición ...* op. cit., pp. 106-107.

¹⁴²⁴ MONTANER SALAS, Carlos: "Adquisición, suspensión y pérdida ..." op. cit., p. 313.

¹⁴²⁵ MATHEUS FERNÁNDEZ, Juan Miguel: *La disciplina parlamentaria* op. cit., p. 288.

de los parlamentarios, conforme al artículo 25 de la Constitución Española¹⁴²⁶. Por ello, rigen los principios de legalidad, de tipicidad y de prescripción de las infracciones y sanciones aunque los Reglamentos parlamentarios no los consagren expresamente, así como las garantías procesales previstas por artículo 24.2, tales como los principios de presunción de inocencia, de audiencia y de uso de los medios de prueba pertinentes para la defensa¹⁴²⁷, así como el deber de motivación del acuerdo sancionador y el principio de proporcionalidad de la sanción¹⁴²⁸.

De estas disposiciones constitucionales se derivan la exigencia de garantías sustantivas y procesales, en relación al principio de legalidad y al procedimiento sancionador que deben ser incorporados en los reglamentos, observando la naturaleza del Parlamento¹⁴²⁹.

Acerca del principio de legalidad, por una parte, las exigencias son mayores cuando los poderes disciplinarios se aplican por el incumplimiento de los deberes de los parlamentarios, respetándose siempre la flexibilidad propia del ámbito parlamentario, y por otra parte, también es exigible, matizando su intensidad, a las funciones de policía que tiene el Presidente del órgano parlamentario para dictar medidas sancionadoras destinadas a salvaguardar el orden de los debates y la integridad del recinto parlamentario¹⁴³⁰.

De la misma manera, las garantías del procedimiento sancionador como el derecho de defensa, a ser oído y presentar pruebas, la asistencia de letrado, la deliberación y confidencialidad, son aplicables a los que se instauran para reprimir incumplimientos de los deberes de los parlamentarios¹⁴³¹, pero para las sanciones de plano como consecuencias de las llamadas a la cuestión y al orden en los debates, y al orden dentro del recinto, no existe

¹⁴²⁶ STC 136/1989, de 19 de julio, F.J. 3; y, TORRES MURO, Ignacio: "La disciplina parlamentaria ante el Tribunal Constitucional" op. cit., pp. 207-221.

¹⁴²⁷ HERRÁIZ SERRANO, Olga: "Régimen disciplinario de los parlamentarios", en PAU I VALL, Francesc (Coord.), *Parlamento y diputado XVII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2011, p. 177; y, TORRES MURO, Ignacio: "La disciplina parlamentaria. Una introducción" op. cit., pp. 42-43 y 46-48.

¹⁴²⁸ SANZ PÉREZ, Ángel L.: *El mandato parlamentario: su adquisición ...* op. cit., pp. 118-119 y 123-125.

¹⁴²⁹ HERRÁIZ SERRANO, Olga: "Régimen disciplinario de los parlamentarios" op. cit., pp. 176-183.

¹⁴³⁰ MATHEUS FERNÁNDEZ, Juan Miguel: *La disciplina parlamentaria* op. cit., pp. 187-190.

¹⁴³¹ Idem, pp. 234-246.

un procedimiento sancionador dado que el Presidente está facultado para comprobarlas *ipso facto* y emitir las inmediatamente al momento en que la perturbación tuvo lugar¹⁴³².

La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de los parlamentarios en el supuesto que sean violados por sanciones disciplinarias emanadas de los órganos parlamentarios, es objeto también de cuestionamientos en base a diversos argumentos que se oponen a cualquier tipo de control por afectar la autonomía parlamentaria; entre éstos, se le califica como el ejemplo más claro de ataque injustificado del Tribunal Constitucional a la autonomía parlamentaria¹⁴³³, pues ésta debería consistir en la capacidad de las cámaras para resolver por sí solas y de modo inapelable sus temas internos, entre ellos, los incidentes disciplinarios, reapareciendo así los *interna corporis acta* inmunes a toda fiscalización externa¹⁴³⁴.

En todo caso, desde una perspectiva intermedia, menos confrontacional, se cuestiona sólo la aplicación del principio legalidad del derecho sancionador, más no la facultad de revisar si se vulneran derechos fundamentales de los parlamentarios, porque la potestad disciplinaria de la asamblea sobre sus miembros no es expresión de supremacía, especial o no, entre los órganos de dirección y los parlamentarios individuales, sino que es manifestación de la propia capacidad autoorganizativa de todos ellos representados por sus órganos. No sería posible cuestionar la legalidad aprobada por el órgano, sin perjuicio que la sanción arbitraria si debe ser controlada para no afectar los derechos de permanencia y desempeño del cargo que tienen los parlamentarios¹⁴³⁵.

El Reglamento del Congreso Peruano debe realizar la investigación respetando los principios de concentración, el debido proceso, la economía procesal e inmediatez (Art. 15.6). Las denuncias pueden ser presentadas por uno o varios congresistas, cualquier persona

¹⁴³² Idem, pp. 246-259.

¹⁴³³ BLASCO JÁUREGUI, Jerónimo: "Adquisición, suspensión y pérdida de la condición de parlamentario", en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997, p. 273.

¹⁴³⁴ SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando: "Principio de legalidad y disciplina parlamentaria [Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1995, de 20 de noviembre (BOE de 28 de diciembre)]", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 47, Mayo-Agosto 1996, pp. 303-304.

¹⁴³⁵ JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "Sobre los derechos fundamentales de los parlamentarios" op. cit., pp. 220-221.

natural o jurídica afectada, o de oficio por mayoría simple de los miembros de la Comisión (Art. 12.1).

La Comisión expide resolución declarando el inicio del procedimiento de investigación, indicando los fundamentos de hecho y de derecho, y las normas presuntamente infringidas por el denunciado (Art. 14.1), procediendo a notificar al denunciado con copias de la denuncia y anexos, para que presente los descargos escritos (Art. 15.1). Se realiza una audiencia citando a las partes con la anticipación debida, actuando todas las diligencias probatorias, y garantizando el derecho de defensa de las partes, teniendo el congresista denunciado el derecho a ser asesorado por abogado defensor (Art. 15.3-15.12).

Finalmente, la Comisión emite la resolución final imponiendo la sanción que amerite o proponiendo la sanción de suspensión al Pleno del Congreso (Art. 16.1-16.3). Procede el Recurso de Apelación ante el Pleno sólo contra las sanciones impuestas por la Comisión (Art. 18°).

Como se aprecia, en el procedimiento ético-parlamentario quedan incorporados y regulados un conjunto de derechos y garantías procesales a favor de los parlamentarios procesados, frente a la potestad sancionatoria del Congreso. Por ello, ante la posibilidad que puedan ser vulnerados, así como otros derechos fundamentales, los afectados tienen la vía judicial para solicitar a los órganos jurisdiccionales que controlen y revisen los actos y procedimientos parlamentarios para tutelar dichos derechos.

El control jurisdiccional estricto o intenso del respeto al debido proceso y a los demás derechos fundamentales está justificado por la posibilidad que las mayorías parlamentarias hagan mal uso de la potestad sancionatoria del Congreso para perseguir a las minorías y parlamentarios opositores, a fin de reducirlas a la mínima expresión o suprimir sus funciones representativa y de control político en lo absoluto.

10.5.- Antejudio político.-

A diferencia del juicio político, el Tribunal Constitucional entiende que el antejudio político es una prerrogativa funcional y un privilegio personal, del que gozan los funcionarios del Estado enunciados en el artículo 99 de la Constitución, entre ellos el Presidente de la

República, los congresistas, los ministros, los miembros del Tribunal Constitucional, los vocales de la Corte Suprema y el Defensor del Pueblo.

En virtud del antejuiicio, los altos funcionarios tienen el derecho a no ser procesados penalmente por la jurisdicción ordinaria, si no han sido sometidos previamente a un procedimiento político-jurisdiccional por el que el Congreso determina la verosimilitud de los hechos que son materia de acusación, así como su subsunción en tipos penales de orden funcional, establecidos previa e inequívocamente por la ley. No pueden ser procesados ante la judicatura penal por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie un procedimiento con las debidas garantías procesales ante el Congreso y la consecuente acusación del mismo¹⁴³⁶.

El antejuiicio político forma parte del estatuto funcional y personal del cargo público que tiene el funcionario y el parlamentario, que le atribuye un conjunto de derechos y garantías como también deberes u obligaciones, y que tienen la finalidad de garantizar la actuación y desarrollo libre de la función y la independencia del órgano estatal y parlamentario¹⁴³⁷. De esta manera, corresponde al Congreso establecer previamente la verosimilitud de los hechos imputados, calificando la intencionalidad política de la denuncia, para impedir las acusaciones maliciosas, destinadas a infringir la dignidad del funcionario, y no a perseguir inconduitas punibles legalmente¹⁴³⁸.

Por ello, en el antejuiicio sólo cabe formularse acusaciones por las supuestas responsabilidades jurídico-penales, no políticas, incurridas por los altos funcionarios, por la presunta comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones. Una vez que el Parlamento ha sometido a investigación la denuncia y determinado la existencia de suficientes elementos de juicio, que desde su perspectiva, configuran la comisión de un delito en el ejercicio de las funciones, actúa como entidad acusadora, dejando sin efecto la prerrogativa funcional del funcionario, suspendiéndolo en el ejercicio de sus funciones y poniéndolo a disposición de

¹⁴³⁶ Sentencia de TCP de 1º de diciembre de 2003, Exp. N° 0006-2003-AI/TC, 65 Congresistas, F.J. 3.

¹⁴³⁷ VIANA BALLESTER, Clara: *Inmunidades e inviolabilidades: naturaleza jurídica y concepción dogmática. Especial referencia a la inviolabilidad parlamentaria*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2011, pp. 70-79.

¹⁴³⁸ PANIAGUA CORAZAO, Valentín: "La justiciabilidad de los actos ..." op. cit., p. 187.

la jurisdicción penal. Se reconoce la facultad para imponer sanciones sobre la base de argumentos jurídico-penales, es exclusiva del Poder Judicial¹⁴³⁹.

Como en el juicio político, el acusado tiene derecho a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso, conforme al artículo 100 de la Constitución.

El artículo 89 del Reglamento del Congreso regula el procedimiento de antejuicio político sujeto al mismo procedimiento de acusación constitucional previsto para el juicio político, con algunas particularidades. Así, el acuerdo aprobatorio de la acusación constitucional por la presunta comisión de delitos en el ejercicio de funciones, requiere el voto favorable de la mitad más uno del número de miembros del Congreso, sin participación de los miembros de la Comisión Permanente, y el acuerdo de suspensión del acusado en el ejercicio de sus derechos funcionales requiere la misma votación.

En el antejuicio subsisten los rasgos esenciales de nuestra tradición constitucional; entre éstos, tiene aún por objeto levantar la inmunidad o la prerrogativa funcional del alto funcionario para que los órganos jurisdiccionales ordinarios procesen y juzguen su conducta, así como suspenderle en el ejercicio de sus funciones para impedir que sienta en el banquillo de los acusados la autoridad que ostenta, o que abuse de ella para perturbar el libre y autónomo ejercicio de la función jurisdiccional¹⁴⁴⁰.

10.6.- Levantamiento de inmunidad parlamentaria.-

Además del antejuicio político, los congresistas gozan también de la garantía de la inmunidad según el artículo 93, párrafo *in fine*, de la Constitución, y extendida a los miembros del Tribunal Constitucional y al Defensor del Pueblo por los artículos 201 y 161 respectivamente. Para el Tribunal, se trata de una garantía procesal penal de carácter político de la que es titular el Parlamento a favor de sus miembros, de forma tal que ellos no puedan ser detenidos ni procesados penalmente, sin la aprobación previa del Parlamento¹⁴⁴¹.

¹⁴³⁹ Sentencia de TCP de 1° de diciembre de 2003, Exp. N° 0006-2003-AI/TC, 65 Congresistas, F.J. 3.

¹⁴⁴⁰ PANIAGUA CORAZAO, Valentín: "La justiciabilidad de los actos ..." op. cit., pp. 186-188.

¹⁴⁴¹ Sentencia de TCP de 1° de diciembre de 2003, Exp. N° 0006-2003-AI/TC, 65 Congresistas, F.J. 5.

La inmunidad como la inviolabilidad forman parte del estatuto personal-funcional¹⁴⁴², o más bien funcional-personal¹⁴⁴³, del cargo de parlamentario, porque en ellas se advierten dos características fundamentales: primero (*i*), es personal porque lo disfruta el representante en su condición de titular del cargo público, y segundo (*ii*), es funcional porque se concede en atención a la especial posición jurídica que goza por tener la condición de miembro del Parlamento¹⁴⁴⁴.

Su fin constitucional es prevenir aquellas detenciones o procesos penales que, sobre bases estrictamente políticas, pretendan perturbar el debido funcionamiento del Congreso o alterar su conformación¹⁴⁴⁵. La inmunidad de los Parlamentos liberales supone una garantía frente al resto de los poderes públicos, el Gobierno y el Poder Judicial, por el que se establece un control absoluto de la cámara parlamentaria sobre la libertad física de sus miembros y que cumple la función de salvaguardar la independencia de las cámaras evitando alteraciones arbitrarias en su composición emanada de la voluntad popular¹⁴⁴⁶. Una vez determinada que la acusación carece de toda motivación política, el Congreso tiene el deber de levantar la inmunidad al imputado¹⁴⁴⁷.

Para el Tribunal Constitucional Español, la amenaza frente a la que protege la inmunidad sólo puede ser de tipo político, y consiste en la eventualidad que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las cámaras o de alterar la composición de las mismas que le ha dado la voluntad popular. La inmunidad es una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que pueden desembocar en privación de libertad, evitando que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las

¹⁴⁴² VIANA BALLESTER, Clara: *Inmunidades e inviolabilidades ...* op. cit., pp. 70-79.

¹⁴⁴³ ABELLÁN, Ángel Manuel: *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 31-32. Para el autor, cumplen una función constitucional de naturaleza objetiva e instrumental para garantizar directamente la libertad e independencia del parlamento e indirectamente el *status* individual de los parlamentarios.

¹⁴⁴⁴ VIANA BALLESTER, Clara: *Inmunidades e inviolabilidades ...* op. cit., p. 72.

¹⁴⁴⁵ Sentencia de TCP de 1º de diciembre de 2003, Exp. N° 0006-2003-AI/TC, 65 Congresistas, F.J. 5.

¹⁴⁴⁶ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso: "Artículo 71 Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias" op. cit., pp. 330-331.

¹⁴⁴⁷ Sentencia de TCP de 1º de diciembre de 2003, Exp. N° 0006-2003-AI/TC, 65 Congresistas, F.J. 5.

reuniones de las cámaras, y, como consecuencia de ello, se altere indebidamente su composición y funcionamiento¹⁴⁴⁸.

Para ello, según el Tribunal, la potestad de las cámaras para apreciar y evitar esa intencionalidad es lo que la Constitución ha querido al otorgarles la facultad de impedir que las acciones penales contra sus miembros prosigan, y lo que permite, por tanto, la inmunidad es que las propias cámaras realicen algo que no pueden llevar a cabo los órganos de naturaleza jurisdiccional como es la valoración del significado político de tales acciones¹⁴⁴⁹.

A diferencia del antejuicio político, el Tribunal Constitucional Peruano ha precisado que desde el punto de vista material, en el procedimiento para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, el Congreso no asume un rol acusatorio, sino estrictamente verificador de la ausencia de contenido político en la acusación. En estos casos, el Parlamento no pretende acreditar la responsabilidad penal, sino tan sólo descartar los móviles políticos que pudieran encontrarse encubiertos en una denuncia de mera apariencia penal. Además, mientras que el antejuicio se reserva para los delitos funcionales, la garantía de la inmunidad parlamentaria opera sólo respecto de delitos comunes¹⁴⁵⁰.

El artículo 16 del Reglamento del Congreso regula el procedimiento parlamentario para el levantamiento de la inmunidad a un congresista. La petición para que se levante debe ser formulada por una comisión de la Corte Suprema, y se tramita ante la Comisión Parlamentaria de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria, que convoca a sesión y cita al congresista para que ejerza su derecho de defensa, siendo asistido por abogado. El Informe de la Comisión se presenta ante el Pleno, para que debata y vote. El acuerdo que levante el fuero requiere el voto favorable de la mitad más uno del número legal de congresistas.

En ambos casos, en los procedimientos del antejuicio político y del levantamiento de inmunidad, la regulación de derechos y garantías procesales a favor de los altos funcionarios y parlamentarios sujetos a los mismos, evidencian que las prerrogativas y garantías funcionales son relevantes para el desempeño del cargo y el ejercicio de sus facultades en el Estado democrático, tanto como derecho propio como garantía objetiva de independencia

¹⁴⁴⁸ STC 243/1988, de 19 de diciembre, F. 3 B).

¹⁴⁴⁹ STC 90/1985, de 22 de julio, F.J. 6.

¹⁴⁵⁰ Sentencia de TCP de 1° de diciembre de 2003, Exp. N° 0006-2003-AI/TC, 65 Congresistas, F.J. 6.

funcional, en especial cuando se tratan de parlamentarios y se pueden afectar las actividades del Congreso; en tal sentido, las posibilidades del control jurisdiccional deben permanecer abiertas para tutelar los derechos fundamentales que pudieran resultar vulnerados.

Esto significa que así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español establece el control jurisdiccional mediante el recurso de amparo del acuerdo parlamentario que deniega ilegítimamente el suplicatorio para levantar la inmunidad a un parlamentario; los diputados o senadores cuyo procesamiento fuera indebidamente autorizado por la cámara a la que pertenecen, pueden acudir también al Tribunal mediante el recurso de amparo¹⁴⁵¹, porque la inmunidad es una prerrogativa que pertenece al estatuto de los miembros de cada una de las cámaras, y se integra al derecho fundamental reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución, que protege el mantenimiento en el cargo sin perturbaciones ilegítimas, como lo sería la concesión del suplicatorio en contra de los fines del instituto de la inmunidad¹⁴⁵².

La intensidad del control jurisdiccional en los procedimientos de antejuicio político y de levantamiento de inmunidad no es tan estricta o intensa como en los otros procedimientos parlamentarios, es más bien laxa o débil, porque aquí no se hacen efectivas responsabilidades jurídicas ni se imponen sanciones, sino que los funcionarios o parlamentarios son puestos a disposición de los órganos jurisdiccionales para que sean procesados y juzgados penalmente; siendo aplicables en toda su intensidad las garantías del debido proceso en los procesos judiciales a los que quedan sometidos ante los jueces y tribunales del Poder Judicial.

11.- Jurisprudencia: aspectos comunes y singulares.-

La jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales reconoce que los parlamentarios y toda persona tienen derecho a que se les otorguen garantías procesales en todo tipo de procedimientos de determinación de sus derechos, en especial frente al ejercicio abusivo de las potestades sancionatorias y disciplinarias que tienen los órganos estatales.

¹⁴⁵¹ PUNSET, Ramón: *Estudios parlamentarios*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 435.

¹⁴⁵² PUNSET, Ramón: *Estudios parlamentarios* op. cit., p. 435. El autor comenta además que ello sin olvidar la afectación refleja del artículo 23.1 de la Constitución Española al repercutir en el derecho de los ciudadanos a participar por representación en los asuntos públicos.

El Tribunal Europeo ha protegido frente a las sanciones de multa impuestas por el Parlamento por afectar a la libertad de expresión de los parlamentarios de oposición cuando no se les ha proporcionado garantías procesales antes de emitirse¹⁴⁵³, y también a un periodista por la violación de las garantías procesales reconocidas por el artículo 6 del Convenio Europeo¹⁴⁵⁴. Los Tribunales Constitucionales Español y Peruano y el Poder Judicial del Perú tutelan los derechos de los parlamentarios cuando el Parlamento ejerce dichas potestades disciplinarias incurriendo en vulneraciones al principio de legalidad y las garantías del proceso sancionatorio¹⁴⁵⁵.

La Corte Interamericana tutela este tipo de garantías consagradas por el artículo 8 de la Convención Americana en perjuicio de magistrados de los Tribunales Constitucionales y del Poder Judicial, que fueron destituidos ilegítimamente por los Estados¹⁴⁵⁶. La protección de la Corte de las garantías del debido proceso ha sido analizada conjuntamente con la de los derechos al acceso y permanencia en las funciones públicas reconocidos por el artículo 23.1, literal c, de la Convención Americana, recurriendo sistemáticamente al examen de ambos derechos, haciéndolo por separado, por un lado, de los derechos políticos: acceso y permanencia, y, por otro, de las garantías procesales para determinar si han sido violados cada uno con cierta autonomía, en perjuicio de las víctimas, para luego unirlos como conjunto, porque la destitución del cargo al implicar una determinación de sus derechos políticos debe seguir un procedimiento estatal que respete las garantías judiciales reconocidas por la Convención Americana¹⁴⁵⁷.

¹⁴⁵³ Sentencia de TEDH de 17 de mayo de 2016, asunto Karácsony y otros c. Hungría, apars. 159 y 161-162.

¹⁴⁵⁴ Sentencia de TEDH de 27 de agosto de 1991, asunto Demicoli c. Malta, apars. 40-41.

¹⁴⁵⁵ STC 136/1989, de 19 de julio, F.J. 3; y, STC 129/2006, de 24 de abril, F.J. 7; y, Sentencia de Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima de 24 de octubre de 2013, Exp. N° 461-2013, Javier Díez Canseco Cisneros, F.Js. 4.15 y 4.17.

¹⁴⁵⁶ Sentencias de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, párrs. 81-84 y 103; de 5 de agosto de 2008, caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela, párrs. 206 y 209; de 30 de junio de 2009, caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, párrs. 138 y 147; de 1° de julio de 2011, caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, párrs. 115, 118, 120 y 135; de 23 de agosto de 2013, caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, párr. 158; y, de 28 de agosto de 2013, caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, párr. 171. Con excepción de la primera, la Corte ha examinado de modo conjunto la violación de los derechos políticos y las garantías procesales cometidas por los Estados en perjuicio de las víctimas.

¹⁴⁵⁷ Sentencias de CIDH de 23 de agosto de 2013, caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, párrs. 151-153 y 156; y, de 28 de agosto de 2013, caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, párrs. 171 y 194-196.

La jurisprudencia peruana ha desarrollado con singular énfasis las garantías del debido proceso para proteger los derechos de los altos funcionarios del Estado y de los parlamentarios al acceso, a la permanencia y al desempeño del cargo, no sólo en relación a las potestades sancionatorias y disciplinarias que tiene el Parlamento en los procedimientos de juicio político¹⁴⁵⁸ y de ética-parlamentaria¹⁴⁵⁹, sino también en los procedimientos llevados a cabo por los órganos electorales como también lo reconoce la Corte Interamericana¹⁴⁶⁰, y en los procedimientos parlamentarios de antejuicio político¹⁴⁶¹, extendiéndolas además en el ámbito de las comisiones parlamentarias de investigación¹⁴⁶².

De esta manera, la incorporación del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial del Perú de las garantías judiciales en los ámbitos parlamentario y electoral ha establecido lo que han llamado como el debido proceso parlamentario y el debido proceso electoral para evitar el ejercicio abusivo del poder por parte de los órganos estatales competentes respectivamente.

La incorporación de las garantías procesales consagradas en la Convención Americana de Derechos Humanos, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en el ámbito del trabajo de las comisiones parlamentarias de investigación, adoptado por la jurisprudencia peruana, no tiene comparación en otros sistemas nacionales e internacionales, lo que puede calificarse como el debido proceso investigador parlamentario, cuestionado por la doctrina nacional.

¹⁴⁵⁸ Sentencia de TCP de 18 de febrero de 2005, Exp. N° 3760-2004-AA/TC, Gastón Ortiz Acha (por Alberto Fujimori), F.J. 25.

¹⁴⁵⁹ Sentencia de TCP de 12 de enero de 2016, Exp. N° 00358-2013-PA/TC, Celia Anicama Ñáñez, F.Js. 7-10; y, Sentencia de Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima de 24 de octubre de 2013, Exp. N° 461-2013, Javier Díez Canseco Cisneros, F.Js. 4.15 y 4.17.

¹⁴⁶⁰ Sentencias de TCP de 6 de abril de 2004, Exp. N° 2366-2003-AA/TC, Juan Espino Espino, F.J. 6 c); y, de 13 de junio de 2012, Exp. N° 05448-2011-PA/TC, Percy Zevallos Fretel, F.J. 29; y, Sentencia de CIDH de 23 de junio de 2005, caso YATAMA vs. Nicaragua, párr. 164.

¹⁴⁶¹ Sentencia de TCP de 7 de abril de 2009, Exp. N° 02364-2008-PHC/TC, Tula Benites Vásquez, Voto Singular, F.J. 15.

¹⁴⁶² Sentencia de TCP de 8 de agosto de 2012, Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, César Tineo Cabrera, F.J. 4.

11.1- Tribunal Europeo de Derechos Humanos.-

A.- Resolución parlamentaria de multa a periodista.-

El periodista y editor de una revista de sátira política **Carmelo Demicoli** reclamó la resolución aprobada por la Cámara de Representantes de Malta, que le impuso la sanción de multa de 250 libras maltesas por haber publicado un supuesto libelo difamatorio sobre la actuación parlamentaria de dos miembros de la cámara, en base a la ordenanza sobre los privilegios que gozan sus representantes. Para Demicoli, el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos era aplicable porque la acusación por violación de un privilegio del que fue declarado culpable por la cámara, era de carácter criminal o penal, y en el procedimiento seguido no recibió un juicio justo por parte de un tribunal independiente e imparcial conforme lo exige el artículo 6, numeral 1, del Convenio Europeo¹⁴⁶³.

En respuesta, el Gobierno sostuvo que la violación del privilegio no tenía carácter criminal sino disciplinario, y que la Cámara de Representantes actuó como un tribunal independiente e imparcial que escuchó el cargo disciplinario contra el señor Demicoli. La Casa de Malta de Representantes era una autoridad independiente por excelencia, independiente del Poder Ejecutivo y de los partidos, cuyas actuaciones ofrecían las garantías necesarias, su independencia excluía cualquier duda sobre su imparcialidad, y los miembros satirizados intervinieron para defender la dignidad de la cámara y no de sus reputaciones personales¹⁴⁶⁴.

El Tribunal Europeo al examinar el asunto aplica los criterios establecidos en el caso *Engel* y otros. Si bien la ordenanza de los privilegios no forma parte de la ley penal del país, por su naturaleza, la violación de un privilegio por publicación de un libelo difamatorio afecta potencialmente a toda la población porque el presunto responsable puede ser un miembro de la cámara o no y es similar al de un delito conforme a la ley de prensa, y además por su gravedad era prisión no superior a 60 días o multa no mayor a 500 libras maltesas, o ambos; en consecuencia, el artículo 6 se aplica al caso¹⁴⁶⁵.

¹⁴⁶³ Sentencia de TEDH de 27 de agosto de 1991, asunto Demicoli c. Malta, apars. 29 y 36.

¹⁴⁶⁴ Idem, apars. 30 y 37.

¹⁴⁶⁵ Idem, apars. 31-35.

El Tribunal recordó su jurisprudencia por la que entiende que un tribunal se caracteriza por cumplir una función judicial, es decir, por determinar asuntos de su competencia, sobre la base de normas de derecho y después de llevar a cabo los procedimientos prescritos. Por las circunstancias del caso, la Cámara de Representantes ejerció una función judicial al determinar la culpa del solicitante. Para el Tribunal, hubo una violación del artículo 6, numeral 1, del Convenio, por advertir que los dos miembros de la cámara cuyo comportamiento había sido criticado por la publicación, participaron a lo largo del procedimiento seguido contra el acusado, incluido el fallo de culpabilidad y en la resolución excepto uno que había fallecido antes; por ello, la imparcialidad del órgano estaba abierto a la duda y el temor del reclamante estaba justificado¹⁴⁶⁶.

B.- Sanciones disciplinarias de multas a parlamentarios.-

En el asunto **Karácsony y otros c. Hungría**, el Tribunal Europeo si bien no analizó las sanciones disciplinarias de multas impuestas por el Pleno del Parlamento a los parlamentarios solicitantes, bajo la cobertura directa de las garantías procesales previstas por el artículo 6 del Convenio Europeo, si consideró apropiado concentrar su opinión sobre si la restricción del derecho de los demandantes a la libertad de expresión fue acompañada de garantías efectivas y adecuadas para evitar los abusos, porque la imparcialidad y las garantías procesales de que disponen son factores que pueden ser tenidos en cuenta al examinar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión¹⁴⁶⁷.

Así, al procedimiento parlamentario disciplinario son aplicables ciertas garantías procesales a seguirse previamente a la imposición de una sanción *a posteriori* de los hechos cometidos por los parlamentarios, para asegurar sus derechos y evitar abusos del poder: primero (i), el *speaker* debe actuar libre de prejuicios personales y de parcialidad política; segundo (ii), el derecho del parlamentario, como mínimo, a ser oído en el procedimiento parlamentario antes de imponerle una sanción; tercero (iii), la decisión que imponga la sanción debe indicar sus razones básicas, no sólo para garantizar que el parlamentario comprenda la justificación de dicha medida sino para que también se permita algún tipo de

¹⁴⁶⁶ Idem, apar. 41.

¹⁴⁶⁷ Sentencia de TEDH de 17 de mayo de 2016, asunto Karácsony y otros c. Hungría, apar. 151.

escrutinio público de la misma; y, cuarto (*iv*), la posibilidad de tener un remedio para impugnar la decisión o la propuesta del *speaker*¹⁴⁶⁸.

En el caso concreto, el Tribunal constató que la legislación nacional no preveía ninguna posibilidad que los parlamentarios participen en el procedimiento pertinente, especialmente no se les permitió ser escuchados. El procedimiento en el caso de los demandantes consistió en una propuesta escrita del *speaker* para imponer las multas y su aprobación por el Pleno sin debate, no habiéndose ofrecido a los solicitantes ninguna garantías procesales. La interferencia cuestionada al derecho de los solicitantes a la libertad de expresión, no fue proporcionada a los objetivos legítimos perseguidos porque no fue acompañada de garantías procesales adecuadas, por lo que, en consecuencia, se produjo una violación del artículo 10 de la Convención¹⁴⁶⁹.

C.- Comisiones parlamentarias de investigación y garantías procesales.-

En el asunto **Rywin c. Polonia**, la víctima, productor de cine, reclamó que el informe de una comisión parlamentaria de investigación en relación a su participación en un acto de corrupción con ocasión de una reforma de la legislación audiovisual, produjo que se emita una sentencia condenatoria contra él por los mismos hechos juzgados por las autoridades judiciales, vulnerándose así sus derechos a la presunción de inocencia y a la independencia e imparcialidad del tribunal reconocidos por el artículo 6 del Convenio Europeo.

El Tribunal Europeo, citando los comentarios de la Comisión de Venecia, no encontró afectación de la presunción de inocencia porque si bien no sólo la declaración de un juez sino también la de cualquier autoridad pública, incluyendo las parlamentarias, podrían comprometer dicho derecho¹⁴⁷⁰, las investigaciones de este tipo de comisiones, según las disposiciones nacionales, pueden llevarse a cabo simultáneamente con un proceso penal sobre los mismos hechos con el fin de servir al debate político sobre las irregularidades cometidas por las autoridades públicas y entidades sujetas al control del Parlamento. Pero deben abstenerse de generar algún daño y de pronunciarse sobre la responsabilidad legal de las personas sujetas a estos procesos. En este sentido, el informe de la comisión se refirió a

¹⁴⁶⁸ Idem, apars. 156-158 y 160.

¹⁴⁶⁹ Idem, apars. 159 y 161-162.

¹⁴⁷⁰ Sentencia de TEDH de 18 de febrero de 2016, asunto Rywin c. Polonia, apar. 206.

los altos funcionarios estatales implicados, y no contenía una conclusión respecto al proceso penal seguido al solicitante ni se pronunció en modo alguno sobre su responsabilidad penal por corrupción como cómplice de los hechos¹⁴⁷¹.

Y en relación a la posible afectación de la independencia e imparcialidad del tribunal, el Tribunal Europeo apreció que las declaraciones de los miembros de la comisión y las conclusiones de su informe no tienen efectos jurídicos en relación con los tribunales que juzgan los aspectos penales del caso, y la comisión no puede intervenir en el proceso penal ni influir en el resultado del mismo ni en la aplicación de las normas legales. La comisión sólo puso en conocimiento de los fiscales y tribunales la información que había reunido, pero los tribunales son los responsables por los hechos, valorar las pruebas e interpretar la legislación nacional¹⁴⁷².

11.2.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España.-

A.- Principio de legalidad sancionadora.-

Además del contenido del derecho fundamental del artículo 23.2, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional interpreta que los artículos 24.2 y 25.1 de la Constitución Española protegen los derechos de los parlamentarios a que se respeten, con las particularidades propias de este ámbito, el principio de legalidad y de tipicidad así como las garantías del proceso sancionatorio, con ocasión de los procedimientos y sanciones disciplinarias que instruya y adopte el Parlamento en ejercicio de las potestades sancionatorias que tiene sobre sus miembros por la infracción de sus deberes¹⁴⁷³, y que pudieran afectar los derechos de permanencia y de desempeño de las facultades del *ius in officium*.

En el recurso de amparo promovido por los **diputados de la Asamblea Regional de Cantabria Gonzalo Piñeiro y Juan Hormaechea**, los diputados cuestionaron la resolución

¹⁴⁷¹ Idem, apars. 209, 211 y 217.

¹⁴⁷² Idem, apars. 228 y 230-231.

¹⁴⁷³ TORRES MURO, Ignacio: "La disciplina parlamentaria ante el Tribunal Constitucional" op. cit., pp. 207-221; HERRÁIZ SERRANO, Olga: "Régimen disciplinario de los parlamentarios" op. cit., pp. 176-183; MATHEUS MARTÍNEZ, Juan Miguel: *La disciplina parlamentaria* op. cit., pp. 178-190 y 234-259; y, SANZ PÉREZ, Ángel L.: *El mandato parlamentario: su adquisición ...* op. cit., pp. 116-123.

del presidente de la asamblea que decidió suspenderlos por diez días por las expresiones graves proferidas en contra de un diputado que había intervenido como orador, adoptada en base a las facultades conferidas por los artículos 96 y 102 del Reglamento, por considerar que dicha resolución infringió el principio de legalidad de las sanciones previsto por el artículo 25.1 de la Constitución toda vez que la corrección impuesta fue impuesta varios días después de los hechos que la motivaron, siendo así que los preceptos reglamentarios invocados como fundamento de la sanción se limitan al ámbito temporal de la sesión parlamentaria en la que los hechos se produjeron¹⁴⁷⁴.

El Tribunal Constitucional advirtió que la *ratio essendi* del artículo 102 del Reglamento de la cámara consiste en el aseguramiento del orden en dichas sesiones y a ese fin le habilita al Presidente de los medios de represión inmediata, de plano, de los causantes de desórdenes graves. Las sanciones en estos supuestos de alteración se justifican, exclusivamente, por su excepcionalidad, en razón del fin perseguido, y, por tanto, son inescindibles del momento en que el desorden ocurre, por lo que el momento es un elemento de la tipificación reglamentaria de la sanción a imponer¹⁴⁷⁵.

Por ello, el Tribunal concluyó que la resolución impugnada conculcó el derecho fundamental que a los actores reconoce el artículo 25.1 de la Constitución¹⁴⁷⁶, y además implica la violación del derecho garantizado por el artículo 23.2, porque la suspensión sin la cobertura legal de la condición de diputado priva a los recurrentes de su derecho a permanecer, sin intromisiones ni limitaciones ilegítimas, en el cargo público para el que fueron elegidos¹⁴⁷⁷. Asimismo, en estos supuestos, el Tribunal reconoció que también que la limitación de facultades inherentes al parlamentario, aún cuando sea limitada en el tiempo, vulnera igualmente vulnerado el derecho al ejercicio del cargo público reconocido en el mismo artículo 23.2 de la Constitución¹⁴⁷⁸.

¹⁴⁷⁴ STC 136/1989, de 19 de julio, F.J. 3.

¹⁴⁷⁵ Ibidem.

¹⁴⁷⁶ Ibidem.

¹⁴⁷⁷ Ibidem.

¹⁴⁷⁸ STC 301/2005, de 21 de noviembre, F.J. 6.

B.- Principio de legalidad y garantías del proceso sancionatorio.-

Y en otro caso, el **diputado Carlos José Iturgaiz Angulo** interpuso recurso de amparo contra el acuerdo del Pleno del Parlamento Vasco que le impuso la sanción de suspensión por un mes de sus derechos y deberes de parlamentario, por haber utilizado el sistema de votación del escaño de otro parlamentario, cometiendo una vulneración grave del artículo 11 del Reglamento que establece el deber de los parlamentarios de desempeñar las funciones reglamentariamente.

El diputado recurrente alegó que el artículo 11 del Reglamento no tipificaba una conducta sancionable, no apareciendo cual era la función parlamentaria infringida, y por tanto no se cumplieron las exigencias del principio de legalidad; además, se violaron las garantías del principio contradictorio y de la defensa pues no se identificaron previamente los elementos de la acusación, y se le privaron los derechos de alegar y de ofrecer la prueba pertinente, reconocidos por el artículo 24.2 de la Constitución.

El Tribunal al examinar el recurso estableció, por una parte, que no se lesionó el derecho a la legalidad sancionadora, porque la garantía de previsibilidad inherente a dicho principio puede ser satisfecha además de la norma reglamentaria por las prácticas parlamentarias compuestas por los usos y costumbres acreditados en cada asamblea¹⁴⁷⁹, y no puede considerarse imprevisible para un parlamentario que la conducta de pulsar el botón de presencia de otro parlamentario sea una conducta sancionable por infringir los deberes del ejercicio recto del cargo de parlamentario, de modo que la conducta tuvo cobertura razonable en el artículo 89.4 del Reglamento en relación con el artículo 11 del mismo y el artículo 79.3 de la Constitución¹⁴⁸⁰.

En lo que respecta a la aplicación de las garantías del proceso sancionador y penal al ámbito parlamentario, el Tribunal concluyó que proyectando dichas exigencias en su integridad, no se observa ninguna vulneración del derecho a conocer la acusación, ni del derecho de defensa, pues recordó que el derecho a conocer la acusación no implica que en la fase de inicio del procedimiento exista obligación de precisar de forma absoluta los hechos

¹⁴⁷⁹ STC 129/2006, de 24 de abril, F.J. 5.

¹⁴⁸⁰ Ibidem, F.J. 6.

y la calificación jurídica correspondiente, sino que la acusación va precisándose de forma gradual al desarrollo del procedimiento, y a los efectos de considerar salvaguardado el derecho de defensa resulta suficiente que el acusado haya tenido ocasión de defenderse de la acusación de forma plena desde el momento en que la conoce de forma plena¹⁴⁸¹.

Para el Tribunal, la cámara otorgó desde el primer momento al demandante la posibilidad de defenderse frente a las imputaciones que, con la claridad y precisión requeridas en un acuerdo de inicio de un expediente, le fueron formuladas. Frente a ellas, pudo presentar alegaciones tanto ante la Mesa, que le dio traslado oportuno del material documental pertinente, como ante la comisión, una vez conocido el dictamen detallado en el que se especificaban con mayor precisión los hechos y la calificación que merecían para los órganos parlamentarios. Además en dicho procedimiento el portavoz de su grupo parlamentario participó efectuando las alegaciones pertinentes en defensa del recurrente y de los derechos del propio grupo¹⁴⁸².

11.3.- Corte Interamericana de Derechos Humanos.-

A.- Órganos nacionales electorales y debido proceso.-

En el caso **YATAMA vs. Nicaragua**, la Corte Interamericana concluyó que las decisiones del Consejo Supremo Electoral que afectaron la participación política de los candidatos propuestos por YATAMA para las elecciones municipales, no se encontraron debidamente fundamentados ni se ajustaron a los parámetros consagrados en el artículo 8.1 de la Convención Americana, por lo que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en dicho artículo, en relación con el artículo 1.1 del tratado, en perjuicio de los candidatos¹⁴⁸³.

Para la Corte, las decisiones que emiten los órganos internos en materia electoral pueden afectar el goce de los derechos políticos, y por lo tanto, en dicho ámbito también se deben observar las garantías mínimas consagradas en el artículo 8.1 de la Convención, en cuanto sean aplicables al procedimiento respectivo. Entre estas garantías, las decisiones que

¹⁴⁸¹ Idem, F.J. 7.

¹⁴⁸² Ibidem.

¹⁴⁸³ Sentencia de CIDH de 23 de junio de 2005, caso YATAMA vs. Nicaragua, párr. 164.

adopten este tipo de órganos que puedan afectar el derecho a la participación política, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias¹⁴⁸⁴.

En relación a las resoluciones del Consejo Supremo Electoral que rechazaron la inscripción de los candidatos de YATAMA, la Corte constató que en una no se indicó fundamentación alguna respecto de esta decisión, y en otra que en los “considerandos” no se alude a los fundamentos de la misma¹⁴⁸⁵. Para la Corte, dichas resoluciones debían estar fundamentadas, lo que implicaba señalar las normas en las que se fundamentaban los requisitos incumplidos por YATAMA, los hechos en que consistía el incumplimiento y las consecuencias de ello¹⁴⁸⁶.

B.- Destitución de magistrados del Tribunal Constitucional del Perú.-

En el caso **Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú**, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que el Estado Peruano violó en perjuicio de los magistrados destituidos del Tribunal Constitucional el derecho a las garantías judiciales consagrado por el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque en las actuaciones de los procedimientos parlamentarios y del juicio político seguidos por el Congreso de la República, a través de la comisión investigadora, la subcomisión evaluadora y el Pleno, a los que se sometieron las víctimas, ocurrieron vicios que no les permitieron a los magistrados contar con procedimientos que reunieran las garantías mínimas del debido proceso establecidas por la Convención¹⁴⁸⁷.

La Corte Interamericana enfatiza la violación de las garantías del debido proceso previstas por el artículo 8 de la Convención Americana, cuando en el relato de los hechos manifiesta los vicios que constituyen afectaciones de las mismas en perjuicio de los magistrados.

¹⁴⁸⁴ Idem, párrs. 150 y 152.

¹⁴⁸⁵ Idem, párrs. 157-158.

¹⁴⁸⁶ Idem, párr. 153.

¹⁴⁸⁷ Sentencia de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, párrs. 80 y 81; y, PRADO, Geraldo y TAVARES, Juarez: “El proceso de impeachment en el derecho brasileño”, en TAVARES, Juarez y PRADO, Geraldo: *Juicio político: El caso brasileño y otros ensayos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 35.

Primero (i), la comisión de investigación fue creada para esclarecer la denuncia de la magistrada Revoredo Marsano sobre la sustracción de documentos de su propiedad y del Tribunal que se venían produciendo, y con respecto a las amenazas que sufriera la magistrada, y además se prohibió a la comisión que conozca de ningún asunto relacionado con el ejercicio de la función jurisdiccional del Tribunal. Sin embargo, la comisión señaló en su informe que hubo irregularidades en diversos actos jurisdiccionales, concluyendo que tres de los magistrados usurparon funciones del Pleno del Tribunal, con la venia del Presidente.

Segundo (ii), luego de las declaraciones de los magistrados Acosta Sánchez y García Marcelo ante la comisión de investigación, los tres magistrados víctimas en este caso, no fueron citados nuevamente ante esta comisión, y ésta efectuó su informe dando por cierto lo afirmado por los dos magistrados mencionados, sin brindar la oportunidad a las víctimas para que ejercieran su derecho a presentar pruebas de descargo.

Tercero (iii), una vez que las víctimas tuvieron conocimiento de la acusación constitucional en su contra, la subcomisión evaluadora les otorgó un plazo para ejercer su defensa, y el mismo día en que se venció dicho plazo dicha subcomisión emitió su informe y lo remitió a la Comisión Permanente del Congreso recomendando la acusación constitucional contra los magistrados.

Cuarto (iv), la resolución que aprobó la sanción de destitución de los magistrados víctimas no tenía fundamentación alguna¹⁴⁸⁸.

La Corte Interamericana más que pronunciarse por la violación de una de las garantías específicas por alguna actuación concreta, aplica un control de conjunto y global de las garantías del debido proceso como lo hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁴⁸⁹, para determinar si se produjo un estado material de indefensión como exige el Tribunal Constitucional Español¹⁴⁹⁰. En base a ello, examinó sucesivamente las actuaciones

¹⁴⁸⁸ Idem, párr. 80.

¹⁴⁸⁹ Sentencia de TEDH de 13 de junio de 1994, asunto Barberá, Messegue y Jabardo c. España, apar. 68; y, CEDEÑO HERNÁN, Marina: “Barberá, Messegue y Jabardo (STED de 13 de junio de 1994): las garantías del proceso equitativo en el ámbito penal”, en ALCÁCER GUIRAO, Rafael, BELADIEZ ROJO, Margarita y SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel (Coords.): *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2013, p. 159.

¹⁴⁹⁰ STC 40/2002, de 14 de febrero, F.J. 3; y, SALAH PALACIOS, Emilio: *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2014*, Madrid, Cultiva Libros, 2015, pp. 97-99. Según el autor,

parlamentarias llevadas a cabo por el Congreso en las fases de la comisión investigadora y del juicio político ante el Pleno¹⁴⁹¹, y determinó así que se sucedieron una relación de vicios que en conjunto no permitieron a los magistrados contar con un proceso que reuniera las garantías mínimas del debido proceso establecidas en la Convención¹⁴⁹².

Lo peculiar del pronunciamiento de la Corte Interamericana y de sus fundamentos, es que si bien opta por la protección de los magistrados de sus derechos al debido proceso en sede parlamentaria, descartó la violación del artículo 23.1, literal c, de la Convención Americana, relativa a los derechos políticos y al acceso igualitario de todo ciudadano a las funciones públicas del país. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos había argumentado ante la Corte Interamericana que el derecho de las personas de formar parte de la judicatura, en condiciones de igualdad, y, una vez seleccionadas, a permanecer en sus cargos, se encontraba protegido en el artículo 23.1, literal c, de la Convención. Por ello, la destitución por parte del Congreso de los tres magistrados del Tribunal Constitucional, en un procedimiento en el que no se observaron las formalidades establecidas en la Constitución constituyó una violación, por parte del Estado Peruano, del derecho a tener acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país¹⁴⁹³.

No obstante, en dicho momento, la Corte Interamericana respondió directamente que los hechos expuestos del caso no debían considerarse como una violación del artículo 23.1, literal c, de la Convención. Los tres magistrados que sufrieron la destitución ya tuvieron acceso a la función pública en condiciones de igualdad. En este caso lo que se ha producido son cuestiones que implican la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención, que consagran el derecho de las víctimas a obtener protección judicial de conformidad con el debido proceso legal¹⁴⁹⁴.

para que se produzca un estado de indefensión con relevancia constitucional no basta la mera infracción formal de una norma procesal sino que es necesario que se derive de ella un efecto material de indefensión, con menoscabo real del derecho de defensa y perjuicio efectivo para los intereses del afectado.

¹⁴⁹¹ Sentencia de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, párrs. 82-84.

¹⁴⁹² Idem, párr. 81.

¹⁴⁹³ Idem, párr. 98.

¹⁴⁹⁴ Idem, párr. 103.

Esta decisión de la Corte Interamericana aplicó un formalismo puro y una concepción hueca de la democracia que declara derechos sin aplicación concreta o efectiva¹⁴⁹⁵, y que es contraria a la relevancia fundamental de los derechos políticos como derechos humanos reconocidos por el artículo 23 de la Convención Americana, para la existencia y salvaguarda de las sociedades democráticas dentro del sistema interamericano, proclamada por ella misma. Para la misma Corte, los derechos políticos consagrados en la Convención Americana propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político, su ejercicio efectivo constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos, pues son de importancia fundamental dentro del sistema por estar relacionados estrechamente con otros derechos como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático¹⁴⁹⁶.

De la interpretación excesivamente formalista y literal del fallo del 2001, la Corte Interamericana se ha apartado definitivamente y construido un nuevo contenido al derecho con un giro de 180°, estableciendo que el artículo 23.1, literal c, no sólo protege el mero acceso sino también la permanencia y el desempeño en el cargo público¹⁴⁹⁷, acorde a la doctrina del efecto útil y del principio de efectividad democrática y en base al método evolutivo¹⁴⁹⁸.

C.- Destitución de magistrados judiciales y constitucionales violatoria de derechos políticos y del debido proceso.-

En los casos **Apitz Barbera y otros, Reverón Trujillo y Chocrón Chocrón vs. Venezuela**, la Corte Interamericana estableció que los criterios y procedimientos para el nombramiento, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos, y que no discriminen a las personas, para que respete y garantice el derecho de acceso a un cargo

¹⁴⁹⁵ ÚBEDA DE TORRES, Amaya: *Democracia y derechos humanos en Europa y América ...* op. cit., p. 341.

¹⁴⁹⁶ Sentencia de CIDH de 6 de agosto de 2008, caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, párrs. 140-141 y 143.

¹⁴⁹⁷ GARCÍA ROCA, F. Javier y DALLA VÍA, Alberto R.: "Los derechos políticos y electorales ..." op. cit., pp. 241-242; y, Sentencia de CIDH de 5 de agosto de 2008, caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela, párr. 206.

¹⁴⁹⁸ ÚBEDA DE TORRES, Amaya: *Democracia y derechos humanos en Europa y América ...* op. cit., pp. 357-373.

público en condiciones generales de igualdad, previsto por el artículo 23.1, literal c, de la Convención Americana, que abarca la permanencia en el cargo¹⁴⁹⁹.

En el último caso, la Corte a pesar de no encontrar probada la naturaleza del acto, consideró que la facultad de dejar sin efecto el nombramiento de jueces con base en “observaciones”, debe encontrarse mínimamente justificada y regulada, por lo menos en cuanto a la precisión de los hechos que sustentan dichas observaciones y a que la motivación respectiva no sea de naturaleza disciplinaria o sancionatoria. Por ello, las “observaciones” tenían que mencionarse expresa y claramente para permitir el ejercicio pleno de su derecho de defensa¹⁵⁰⁰, por lo que al incumplir sus obligaciones de motivar la decisión y de permitir una defensa adecuada, el Estado violó las garantías procesales debidas establecidas por el artículo 8.1 de la Convención.

En base a lo expuesto, en los casos de la **Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional vs. Ecuador**, la Corte estableció que el artículo 8.1 de la Convención garantiza que las decisiones en las cuales se determinen los derechos de las personas, deben ser adoptadas por las autoridades competentes según la ley interna. En el caso concreto, el cese de los magistrados implicó una determinación de sus derechos en el sentido que dispuso el cese y la separación inmediata del cargo, por lo cual son aplicables las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.1 de la Convención¹⁵⁰¹.

La Corte Interamericana recurre sistemáticamente al examen conjunto de ambos derechos, haciéndolo por separado, por un lado, de los derechos políticos: acceso y permanencia, y, por otro, de las garantías procesales para determinar si han sido violados cada uno con cierta autonomía, en perjuicio de las víctimas, para luego unirlos como conjunto, porque la destitución del cargo al implicar una determinación de sus derechos

¹⁴⁹⁹ Sentencias de CIDH de 5 de agosto de 2008, caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela, párr. 206; de 30 de junio de 2009, caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, párr. 138; y, de 1° de julio de 2011, caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, párr. 135.

¹⁵⁰⁰ Sentencia de CIDH de 1° de julio de 2011, caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, párrs. 120-121.

¹⁵⁰¹ Sentencias de CIDH de 23 de agosto de 2013, caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, párr. 158; y, de 28 de agosto de 2013, caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, párr. 171.

políticos debe seguir un procedimiento estatal que respete las garantías judiciales reconocidas por la Convención Americana¹⁵⁰².

Entre estas garantías, la Corte al analizar la competencia del Congreso para determinar la ilegalidad de la votación por la que fueron nombrados los vocales del Tribunal Constitucional y cesarlos en sus cargos, concluyó que no existía competencia del Congreso Nacional para tomar la decisión de cesar a los vocales, porque si bien de la normativa aportada el Congreso podía llevar a cabo un juicio político a los vocales, no se ha establecido el sustento legal que facultaba al Congreso para la revisión de la votación de nombramiento y decidir, en caso de que hubiera sido realizada ilegalmente, que los vocales debían ser separados de sus cargos. La revisión de la presunta irregularidad en la designación de los vocales se llevó a cabo más de un año y medio después del nombramiento, lo que afecta la garantía de la estabilidad en el cargo, porque permite que surjan presiones externas que perturben la independencia judicial¹⁵⁰³.

Además, la Corte constató que si bien fueron notificados y comparecieron a una sesión celebrada el 1° de diciembre de 2004, los vocales sancionados no fueron notificados de las supuestas irregularidades en el transcurso de la sesión de 25 de noviembre de 2004, y tampoco fueron notificados sobre la sesión del 8 de diciembre de 2004, en la cual se decidió votar nuevamente las mociones de censura. Es decir que los vocales fueron separados de sus cargos sin contar con la posibilidad de comparecer ante el Congreso para responder a las acusaciones imputadas y para controvertir los argumentos por los cuales fueron cesados de sus cargos, no tuvieron la oportunidad de intervenir en el juicio del 8 de diciembre de 2004, ni pudieron ser escuchados sobre sus argumentos respecto a la legalidad de tal sesión y la legalidad de volver a realizar las votaciones a las mociones, no ejercieron su derecho a la defensa y ni pudieron influir en la reapertura de una votación que significó su destitución¹⁵⁰⁴.

¹⁵⁰² Sentencias de CIDH de 23 de agosto de 2013, caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, párrs. 151-153 y 156; y, de 28 de agosto de 2013, caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, párrs. 171 y 194-196.

¹⁵⁰³ Sentencia de CIDH de 28 de agosto de 2013, caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, párrs. 178-180.

¹⁵⁰⁴ Idem, párrs. 183 y 187.

En términos similares, la Corte concluyó que el Congreso no estaba facultado para destituir a los magistrados de la Corte Suprema, por cuanto en la nueva Constitución se le había privado de dicha potestad¹⁵⁰⁵, y los magistrados no fueron notificados sobre la sesión extraordinaria que llevaría a cabo el Congreso y la moción para cesarlos de sus cargos, no estando presentes, no fueron oídos y tampoco pudieron ejercer ningún medio de defensa para la presentación de argumentos o pruebas a su favor¹⁵⁰⁶.

D.- Garantías procesales aplicables al juicio político.-

La Corte Interamericana ha desarrollado ciertos estándares jurisprudenciales para que los Parlamentos o Congresos de los Estados parte puedan llevar a cabo juicios políticos y emitir sanciones de destitución a los altos funcionarios de los Estados, respetando las garantías judiciales del debido proceso reconocidas por el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la medida que inciden en el derecho de acceso a las funciones públicas de su país reconocido, bajo el epígrafe de los derechos políticos, por el artículo 23.1, literal c, de la Convención Americana, que abarca la permanencia en dichas funciones.

Si bien las Sentencias de la Corte Interamericana se refieren básicamente a los juicios políticos por los que se removieron a magistrados de los Tribunales Constitucionales y del Poder Judicial de los Estados, afectando la independencia judicial y el Estado de Derecho¹⁵⁰⁷, tales estándares se pueden aplicar a los funcionarios provenientes de elección popular, como los presidentes y parlamentarios, pero con las diferentes particularidades y grados de intensidad que corresponden a cada caso, según los contextos políticos y sociales en que se produzcan los hechos, porque se efectúa un escrutinio más intenso y estricto cuando las violaciones de derechos ocurren en situaciones de ruptura institucional tras un golpe de

¹⁵⁰⁵ Sentencia de CIDH de 23 de agosto de 2013, caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, párr. 162.

¹⁵⁰⁶ Idem, párr. 169.

¹⁵⁰⁷ PARRA VERA, Oscar: "La independencia judicial en la jurisprudencia de la Corte ..." op. cit., pp. 489-494 y 516-521; y, MORALES ANTONIAZZI, Mariela: "Estándares interamericanos sobre independencia judicial en casos de remoción de jueces: negación del diálogo judicial por parte de Venezuela", en SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Dir.), SOLANES MULLOR, Joan y ROA ROA, Jorge Ernesto (Coords.): *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos*, Valencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Tirant lo Blanch-Universitat Pompeu Fabra, 2017, p. 349.

Estado que atenta contra el régimen democrático y cuando las víctimas realizan actuaciones y protestas en defensa de la democracia¹⁵⁰⁸.

El derecho a ser oído y a defensa.-

La Corte Interamericana considera que los Parlamentos deben asegurar a los altos funcionarios públicos procesados en juicios políticos el derecho a ser oído y a defenderse de cualquier acusación que se les formulen, lo que comprende que antes se les comuniquen los cargos y proporcionen un plazo adecuado para preparar su defensa, y que durante el juicio éste sea equitativo, público y sujeto a un plazo razonable de duración, en el cual puedan presentar pruebas a su favor y contrainterrogar a los testigos de cargo.

Los funcionarios públicos procesados deben contar con posibilidades amplias de ser oídas por el órgano que emita la resolución, de ejercer su derecho de defensa, y de participar y actuar en los procedimientos respectivos¹⁵⁰⁹, de manera que puedan presentar sus pretensiones y pruebas y éstas sean analizadas de forma completa y seria por las autoridades antes de resolver sobre las responsabilidades y sanciones que pudiera haber lugar¹⁵¹⁰.

Los inculpados deben tener conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacen, y acceso al acervo probatorio¹⁵¹¹. El plazo otorgado para ser oído y ejercer la defensa debe ser adecuado o razonable observando la necesidad del examen de la causa y la revisión del acervo documentario¹⁵¹². Deben tener el derecho a responder de cualquier acusación que se les haga¹⁵¹³. Y deben tener la posibilidad de contrainterrogar a los testigos cuyos testimonios sirvieron para fundamentar la acusación y la consecuente destitución¹⁵¹⁴.

¹⁵⁰⁸ Sentencia de CIDH de 5 de octubre de 2015, caso López Lone y otros vs. Honduras, párrs. 43 y 160.

¹⁵⁰⁹ Sentencia de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, párrs. 81 y 83.

¹⁵¹⁰ Sentencia de CIDH de 28 de agosto de 2013, caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, párr. 181.

¹⁵¹¹ Sentencia de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, párr. 83.

¹⁵¹² Ibidem.

¹⁵¹³ Sentencia de CIDH de 28 de agosto de 2013, caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, párr. 182.

¹⁵¹⁴ Sentencia de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, párr. 83.

La Corte Interamericana invocando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exige que toda persona sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, como parte del derecho a un juicio justo¹⁵¹⁵. A su vez, el Tribunal Europeo ha citado entre sus materiales a la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre los casos de remoción de jueces, que fueron destituidos por los Estados sin respetar las garantías de un juicio justo previstas por el artículo 8.1 de la Convención Americana¹⁵¹⁶.

En un caso, la Corte Interamericana comprobó que los magistrados no fueron notificados sobre la sesión extraordinaria que llevó a cabo el Congreso, y de la moción presentada para cesarlos en sus cargos, por lo que no pudieron comparecer y estar presentes, no fueron oídos y tampoco pudieron ejercer ningún medio de defensa como por ejemplo la presentación de argumentos o pruebas a su favor¹⁵¹⁷. Los magistrados no recibieron una notificación formal por parte del Congreso sobre la sesión, y se enteraron de la audiencia y de la decisión de destituirlos por rumores y los medios de prensa¹⁵¹⁸.

Y en otro caso, la Corte parte por considerar que en un juicio político debe existir claridad sobre su inicio y la finalización del mismo. La Corte constató que en un juicio político no se habían aprobado las mociones de censura y por ello había concluido siendo denegadas; pero, posteriormente se reabrió, mediante un nuevo enjuiciamiento y votación, vulnerándose la garantía del “*ne bis in idem*”¹⁵¹⁹.

Además, para la Corte, en el nuevo juicio político, el Congreso tenía el deber de escuchar a las presuntas víctimas antes de realizar una nueva votación. Los magistrados no

¹⁵¹⁵ Sentencia de CIDH de 28 de agosto de 2013, caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, párr. 182; y Sentencia de TEDH de 5 de febrero de 2009, asunto Olujić c. Croacia, apar. 70. El Tribunal Europeo precisa que el carácter público de los procedimientos no prohíbe a los tribunales decidir que se prescinda de una audiencia pública a la luz de las características especiales del caso que se presente, prohibiendo el acceso a la prensa y al público en interés de la moral, el orden público, la seguridad nacional, los intereses de los menores, la protección de la vida privada de las partes, o cuando la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia, conforme al Art. 6.1 del Convenio Europeo (apars. 71-72).

¹⁵¹⁶ Sentencia de TEDH de 23 de junio de 2016, asunto Baka c. Hungría, apars. 84-85.

¹⁵¹⁷ Sentencia de CIDH de 23 de agosto de 2013, caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, párr. 169.

¹⁵¹⁸ Idem, párr. 168.

¹⁵¹⁹ Sentencia de CIDH de 28 de agosto de 2013, caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, párr. 185-186.

fueron notificados sobre la nueva sesión, no tuvieron la oportunidad de intervenir en el juicio, ser escuchados sobre sus argumentos respecto a la legalidad de tal sesión y en especial sobre la legalidad de volver a realizar la votación de las mociones de censura, ejercer su derecho a la defensa y poder influir de esta manera en la reapertura de la votación que los destituyó de sus cargos¹⁵²⁰.

El derecho a ser juzgado por órgano competente, independiente e imparcial (Estado de Derecho).-

Para la Corte Interamericana, en cuanto a la atribución del Congreso para llevar a cabo un juicio político y determinar la responsabilidad de un funcionario público, toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado debe contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial, y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete¹⁵²¹.

Las decisiones por las que se determinan los derechos de las personas deben ser adoptadas por las autoridades competentes establecidas por las leyes internas; por ello, el Congreso debe tener la competencia para investigar y juzgar mediante juicio político a los funcionarios procesados, así como la facultad para sancionarlos disponiendo el cese en sus cargos. Al respecto, la Corte Interamericana controla si el Congreso de un Estado era competente para someter a los funcionarios a juicio político¹⁵²².

En un caso, la Corte, observando el allanamiento del Estado, concluyó que el Congreso no estaba facultado para destituir a los magistrados de la Corte Suprema y había creado un mecanismo *ad-hoc* para tal efecto, porque la nueva Constitución de 1998 privó al Congreso de dicha potestad y además existía un procedimiento regulado por la Corte

¹⁵²⁰ Idem, párr. 187.

¹⁵²¹ Sentencia de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, párr. 77.

¹⁵²² Sentencia de CIDH de 23 de agosto de 2013, caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, párr. 158.

Suprema, para sustanciar las denuncias contra los magistrados y resolver la sanción de destitución contra ellos¹⁵²³.

En otro caso, la Corte concluyó que a los magistrados destituidos no se les aseguró la garantía de la imparcialidad porque cuarenta congresistas se habían dirigido al Tribunal Constitucional para que se pronunciará en cierto sentido sobre la sentencia de la ley de reelección presidencial, algunos congresistas participaron en diferentes comisiones y subcomisiones que estudiaron el caso, y algunos miembros de la Comisión Permanente habían participado en la votación de la destitución a pesar que lo prohibía expresamente el Reglamento del Congreso¹⁵²⁴. El procedimiento del juicio político debe dividir las etapas de instrucción y de juicio propiamente dicho, y separar por tanto a los órganos instructor y decisorio¹⁵²⁵. Para la Corte, el Congreso no reunió las condiciones de independencia e imparcialidad para llevar a cabo el juicio político contra los magistrados de dicho tribunal¹⁵²⁶.

La Corte analiza el contexto bajo el cual ocurrieron los hechos para entender los motivos por los que se adoptaron las decisiones de destitución en un juicio político, en especial cuando hay un clima de inestabilidad institucional que afecta a las más importantes instituciones del Estado, por haberse procedido a la destitución de magistrados del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Electoral, y a la reorganización de las altas cortes mediante el nombramiento de magistrados afines al gobierno con el interés de anular juicios penales seguidos contra los gobernantes de turno¹⁵²⁷.

Para la Corte, la independencia judicial debe ser garantizada por el Estado en la faceta institucional u objetiva que tiene el Poder Judicial, y en su vertiente individual en relación a la persona específica del juez; ambos son aspectos esenciales para el Estado de Derecho, el

¹⁵²³ Idem, párrs. 159-162. Ver, sobre la aplicación de las garantías del debido proceso en los procedimientos disciplinarios de jueces, Sentencias de CIDH de 5 de octubre de 2015, caso López Lone y otros vs. Honduras, párrs. 190-192; y, de 30 de junio de 2009, caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, párrs. 67-68.

¹⁵²⁴ Sentencia de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, párr. 78.

¹⁵²⁵ PRADO, Geraldo y TAVARES, Juarez: "El proceso de impeachment ..." op. cit., p. 38.

¹⁵²⁶ Sentencia de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, párr. 84.

¹⁵²⁷ Sentencias de CIDH de 28 de agosto de 2013, caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, párrs. 210-212; y, de 23 de agosto de 2013, caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, párrs. 173-175.

principio de separación de poderes y el rol que cumple la función judicial en un sistema verdaderamente democrático¹⁵²⁸.

El derecho a la motivación de las decisiones.-

La Corte estableció que la resolución del Congreso mediante la cual se aprobó la destitución de los magistrados no tenía fundamentación alguna¹⁵²⁹, y este vicio analizado conjuntamente con otros, no permitieron que pudieran contar con un proceso que reuniera las garantías mínimas del debido proceso establecidas por la Convención Americana¹⁵³⁰. Haciendo referencia a una sentencia nacional sujeta a examen, la Corte cita que según el Tribunal Constitucional Peruano la potestad de emitir una sanción de destitución que tiene el Congreso si bien es un acto privativo equivalente a una cuestión política no justiciable, no es ilimitada o absolutamente discrecional sino que está sometida a ciertos parámetros como el principio de razonabilidad, pues no debe ser adoptada tras una situación de incertidumbre total o de carencia de motivación¹⁵³¹.

Para la Corte, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, para descartar cualquier indicio de arbitrariedad en la autoridad, para suministrar las razones que tiene y otorgar credibilidad a las decisiones en el marco de una sociedad democrática¹⁵³²; en un caso, la Corte constató que la designación de una magistrada provisoria fue dejada sin efecto con base a unas “observaciones”, cuyo contenido y naturaleza nunca fue precisado, y que tenía que estar debidamente motivado¹⁵³³. Además, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas, y de ser recurrible la decisión, les permite la posibilidad de criticarla y obtener un nuevo examen de la cuestión por la instancia superior¹⁵³⁴.

¹⁵²⁸ Sentencias de CIDH de 28 de agosto de 2013, caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, párr. 198; y, de 23 de agosto de 2013, caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, párr. 154.

¹⁵²⁹ Sentencia de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, párr. 80 *in fine*.

¹⁵³⁰ Idem, párr. 81.

¹⁵³¹ Idem, párr. 95; y, Sentencias de TCP de 10 de julio de 1998, Exp. N° 340-98-AA/TC, Guillermo Rey Terry, F.J. 11; y de 16 de julio de 1998, Exp. N° 358-98-AA/TC, Manuel Aguirre Roca, F.J. 10.

¹⁵³² Sentencia de CIDH de 1° de julio de 2011, caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, párr. 118.

¹⁵³³ Idem, párrs. 116-117.

¹⁵³⁴ Idem, párr. 118.

El derecho al recurso judicial efectivo.-

Después de finalizado un juicio político, la Corte Interamericana establece que los actos de los procesos de destitución seguidos por el Congreso pueden ser objeto de recursos judiciales efectivos en lo que concierne al control jurisdiccional del debido proceso legal, pero este control no implica valoración de los actos estrictamente políticos atribuidos al Congreso por la Constitución¹⁵³⁵.

Para la Corte Interamericana, por los supuestos probados en un caso, los magistrados fueron impedidos de hacer uso del recurso de amparo porque fueron rechazados de plano por no proceder para cuestionar decisiones parlamentarias, y el recurso de inconstitucionalidad que procedía contra dichas decisiones no resultaba idóneo y efectivo para proteger sus derechos vulnerados, porque requería ser presentada con la firma de mil ciudadanos o por el Defensor del Pueblo, para determinar su conformidad con la Constitución, pero no tenía por fin reparar dichos derechos, por lo que concluyó que se vulneró el artículo 25.1 de la Convención Americana¹⁵³⁶.

Para la Corte Interamericana, los recursos de amparo resultan ilusorios e inefectivos si durante la tramitación de los mismos se incurre en un retardo injustificado de las decisiones correspondientes; por ello, en el caso concreto la tramitación ante las diversas instancias judiciales que conocieron los amparos presentados por los afectados en más de un año hasta la publicación de las sentencias finales, excedió el principio del plazo razonable consagrado por la Convención Americana¹⁵³⁷.

11.4.- Tribunal Constitucional y del Poder Judicial del Perú.-

Acerca del control jurisdiccional de los actos parlamentarios, el Tribunal Constitucional ya había adoptado hace varios años antes la doctrina jurisprudencial que afirma las facultades de los jueces y tribunales de revisar los actos de los órganos y entidades

¹⁵³⁵ Sentencia de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, párr. 94.

¹⁵³⁶ Sentencia de CIDH de 23 de agosto de 2013, caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, párrs. 189-190, 192 y 194.

¹⁵³⁷ Sentencia de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, párrs. 91-93.

del Estado por la inexistencia de zonas exentas del control constitucional para la protección de los derechos fundamentales de las personas cuando éstos sean violados¹⁵³⁸, y la había aplicado también para controlar las facultades del Congreso de imponer sanciones políticas a los altos funcionarios y ex funcionarios del Estado cuando tales actos parlamentarios afectaron el debido proceso parlamentario y violar los derechos fundamentales¹⁵³⁹.

De esta manera, se apartó del criterio jurisprudencial anteriormente establecido, por el que el Tribunal interpretaba que la potestad de sanción, en especial de destitución de altos funcionarios, era un acto privativo del Congreso equivalente a una “*political questions*” o cuestión política no justiciable, que no puede ser evaluada abiertamente en sede jurisdiccional, salvo que viole los principios de razonabilidad, del Estado democrático de derecho y del debido proceso material¹⁵⁴⁰.

Por ello, ahora los órganos jurisdiccionales tutelan el respeto de las garantías del debido proceso en diversos procedimientos parlamentarios como el juicio político y el ético-parlamentario, también en el antejuicio político, y lo extienden a las investigaciones parlamentarias; además, el debido proceso se hace valer en los procedimientos electorales y de vacancia en el cargo, como ya explicamos y veremos a continuación con más detalle.

¹⁵³⁸ Sentencias de TCP de 7 de noviembre de 2002, Exp. N° 2409-2002-AA/TC, Diodoro Gonzales Ríos, F.J. 2 b; de 6 de abril de 2004, Exp. N° 2366-2003-AA/TC, Juan Espino Espino, F.J. 5; de 8 de noviembre de 2005, Exp. N° 5854-2005-PA/TC, Pedro Lizana Puelles, F.J. 7; y de 18 de diciembre de 2007, Exp. N° 4053-2007-PHC/TC, Alfredo Jalilie Awapara, F.J. 14.

¹⁵³⁹ Sentencia de TCP de 18 de febrero de 2005, Exp. N° 3760-2004-AA/TC, Gastón Ortiz Acha (por Alberto Fujimori), F.Js. 24 y 25; y, SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge: “Acusación constitucional y juicio constitucional político”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 52, Abril 2012, pp. 321-322. Según el autor, todo proceso sancionatorio debe estar sujeto a revisión por parte de las autoridades jurisdiccionales en la medida en que ignore el principio de legalidad, irrespete el debido proceso o se aleje en su aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

¹⁵⁴⁰ Sentencias de TCP de 10 de julio de 1998, Exp. N° 340-98-AA/TC, Guillermo Rey Terry, F.J. 11; y de 16 de julio de 1998, Exp. N° 358-98-AA/TC, Manuel Aguirre Roca, F.J. 10; y, LANDA ARROYO, César, *Tribunal Constitucional y Estado democrático* op. cit., pp. 801-802. Landa Arroyo comenta que si bien es importante subrayar que la sentencia sostuvo que es justiciable en sede constitucional un acto privativo del Congreso que violase la razonabilidad, el Estado democrático de Derecho o el debido proceso material, estableció un parámetro incipiente de control de los actos parlamentarios particulares y que no fue aplicado para evaluar en el caso concreto si la decisión adoptada por el Congreso se ajustó o no al referido principio de razonabilidad, al Estado de Derecho o al debido proceso.

A.- Procedimiento electoral.-

Como antes indicamos, en el proceso de amparo interpuesto por el **candidato a alcalde de la Municipalidad Distrital de San Bautista de Ica Juan Espino** contra la resolución del Jurado Electoral Especial de Ica, que había declarado fundada una tacha contra su candidatura y lo excluyó de participar en el procedimiento electoral por encontrarse sometido a un proceso penal en trámite; el Tribunal Constitucional estableció que el criterio según el cual no puede privarse del derecho de participación a quien se encuentre sometido a un proceso, responde a una lectura de la Constitución compatible con su cuadro de valores materiales, conforme a la cual, toda persona es considerada inocente mientras su responsabilidad no quede acreditada fehacientemente, lo que supone la existencia de una sentencia definitiva expedida como corolario de un proceso penal justo o debido¹⁵⁴¹.

Así también en el proceso de amparo interpuesto por el señor **Percy Zevallos** contra la resolución del Jurado Nacional de Elecciones que dispuso excluirlo del procedimiento electoral a pesar que ya había sido elegido consejero regional, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda por haberse violado el derecho al debido proceso aplicado con sus particularidades a los procedimientos electorales, caracterizados por tener etapas con actos y plazos preclusivos y excluyentes, y estar sujetos a un cronograma electoral, por perseguir como fines garantizar a los candidatos los derechos a postular y a ser elegidos en los cargos públicos y a los ciudadanos a participar en elecciones, conocer a los candidatos y elegirlos como sus representantes.

Como citamos, si bien el Tribunal reconoce la facultad reglamentaria de los órganos electorales de regularizar el procedimiento electoral y excluir a un candidato si se presenta alguna causal que afecte las garantías sustanciales del procedimiento, siendo posible que revisen los requisitos de inscripción de los candidatos y dispongan su exclusión si se advierte algún vicio¹⁵⁴², también se establece una garantía que limita dicha potestad atendiendo a la naturaleza de las etapas de los procesos electorales preclusivos y excluyentes, éste es, que se realice en su oportunidad y sin alterar el cronograma electoral¹⁵⁴³.

¹⁵⁴¹ Sentencia de TCP de 6 de abril de 2004, Exp. N° 2366-2003-AA/TC, Juan Espino Espino, F.J. 6 c).

¹⁵⁴² Reglamento de Inscripción de Candidatos aprobado por la Resolución N° 247-2010-JNE, artículo 11.5.

¹⁵⁴³ Sentencia de TCP de 13 de junio de 2012, Exp. N° 05448-2011-PA/TC, Percy Zevallos Fretel, F.J. 28.

Sobre la posibilidad de tramitar solicitudes de exclusión fuera del período de tachas de las candidaturas, bajo la cobertura del ejercicio del derecho ciudadano de petición genérico, el Tribunal afirma que de aceptarse la hipótesis del ejercicio del derecho de petición, se crea un nuevo procedimiento y se vacía de contenido el plazo que la ley otorga a terceros para impugnar las candidaturas, y se afecta una garantía a favor de los candidatos, quienes deben tener la certeza de que una vez pasado dicho plazo no pueden ser excluidos de participar como tales en las elecciones, y una garantía a favor de los ciudadanos que acuden al acto de votación, conociendo que determinado candidato se encuentra habilitado, y por eso deciden votar por él¹⁵⁴⁴.

Además, sin que sea necesario discernir si se trata de una tacha, del ejercicio del derecho de petición, o de una solicitud de exclusión, lo que se advierte es que dicha potestad, como lo prescribe el reglamento, debe ser tramitada y declarada fundada en su oportunidad, es decir mientras la persona continúe siendo un candidato y la etapa de convocatoria aún no haya terminado ni precluido¹⁵⁴⁵.

Por ello, el Tribunal concluye que las resoluciones del Jurado reclamadas, vulneraron el derecho al debido proceso, tanto en la forma como se hace uso de la facultad de exclusión, como en el tiempo en que fueron emitidas tales resoluciones¹⁵⁴⁶.

B.- Vacancia del cargo.-

En el proceso de amparo interpuesto por el **alcalde del Concejo Provincial de Chiclayo Arturo Castillo** contra la resolución del Jurado Nacional de Elecciones que declaró su vacancia en el cargo de alcalde por habersele impuesto una sentencia judicial condenatoria por la comisión de delito doloso; el Tribunal Constitucional concluyó que disponer la vacancia en el cargo al que se ha accedido por voluntad popular, en base a una sentencia penal carente de autoridad de cosa juzgada por no haber sido dictada en última y

¹⁵⁴⁴ Idem, F.J. 33.

¹⁵⁴⁵ Idem, F.J. 34.

¹⁵⁴⁶ Idem, F.J. 29.

definitiva instancia, supone una violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, previsto en el artículo 2, numeral 24 literal e, de la Constitución¹⁵⁴⁷.

Y en el proceso de amparo seguido por el **alcalde de la Municipalidad Distrital de Canchaque de Piura Pedro Lizana** contra la resolución del Jurado Nacional de Elecciones que declaró su vacancia en el cargo de alcalde por la causal de nepotismo prevista por la ley, el Tribunal Constitucional consideró si bien es cierto que esta entidad es el máximo órgano de administración de justicia electoral del país, no es menos verdad que, como cualquier otro poder público, se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales, en el marco del respeto al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva reconocidas por el artículo 139 de la Constitución, porque, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31, *in fine*, de la Constitución¹⁵⁴⁸.

C.- Juicio político.-

En el proceso de amparo iniciado por el señor **Gastón Ortiz Acha** a favor del ex Presidente de la República Alberto Fujimori, el demandante reclamaba que el beneficiario de la acción no podía ser pasible de la sanción de inhabilitación en un juicio político por el Congreso de la República porque al momento en que se aprobó dicha sanción ya no tenía la calidad de Presidente de la República por haber sido declarado vacante dicho cargo.

La resolución legislativa aprobada por el Pleno del Congreso impuso al ex presidente la sanción de inhabilitación para el ejercicio de toda función pública por el período de 10 años, en base al informe de una comisión investigadora que comprobó que había viajado a Brunei a un foro internacional, dirigiéndose sin autorización del Congreso a otras escalas y dirigiéndose finalmente a Tokyo, Japón, donde decidió no regresar al país, abandonando el cargo de presidente y renunciando al mismo. Se concluyó que había incurrido en infracción de los artículos 38 y 118 de la Constitución y en la comisión de los delitos tipificados en los artículos 377 y 380 del Código Penal.

¹⁵⁴⁷ Sentencia de TCP de 21 de julio de 2006, Exp. N° 2730-2006-PA/TC, Arturo Castillo Chirinos, F.J. 52.

¹⁵⁴⁸ Sentencia de TCP de 8 de noviembre de 2005, Exp. N° 5854-2005-PA/TC, Pedro Lizana Puelles, F.J. 18.

El Tribunal establece en este caso que la facultad de imponer sanciones políticas por parte del Congreso es una facultad discrecional y privativa, pero sujeta a los límites que se derivan de la propia Constitución y del principio de razonabilidad y proporcionalidad¹⁵⁴⁹. Como ningún poder constituido está por encima del poder constituyente que se expresa jurídicamente en la Constitución, es posible el control jurisdiccional de los actos que realiza el Parlamento al imponer sanciones, cuando de ellos devenga una afectación al debido proceso parlamentario y la violación de los derechos fundamentales¹⁵⁵⁰.

Al examinar los hechos cuestionados en la demanda, el Tribunal consideró que si bien es cierto que constituye un requisito indispensable para ser pasible de la sanción de inhabilitación, ser uno de los funcionarios previstos en el artículo 99 de la Constitución, ello no implica necesariamente que el funcionario acusado deba encontrarse en ejercicio de sus funciones, sino que los delitos de función y la infracción constitucional que son materia de acusación constitucional hayan tenido lugar con ocasión de haber ocupado el cargo público¹⁵⁵¹.

Para el Tribunal, ello es aún más evidente en el caso del Presidente de la República, porque según el artículo 117 de la Constitución, el Presidente sólo puede ser acusado, durante su mandato, por traición a la patria, por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales, por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral¹⁵⁵². En consecuencia, las acusaciones que se fundamentan en la comisión de otros delitos e infracciones constitucionales sólo podrán tener lugar evidentemente una vez que el Presidente haya concluido su mandato constitucional o cuando se haya declarado la vacancia de su cargo de acuerdo al artículo 113 de la Constitución¹⁵⁵³.

¹⁵⁴⁹ Sentencia de TCP de 18 de febrero de 2005, Exp. N° 3760-2004-AA/TC, Gastón Ortiz Acha (por Alberto Fujimori), F.J. 24.

¹⁵⁵⁰ Idem, F.J. 25.

¹⁵⁵¹ Idem, F.J. 10.

¹⁵⁵² Ibidem.

¹⁵⁵³ Ibidem.

D.- Procedimiento ético-parlamentario.-

En el proceso de amparo interpuesto por el **congresista Javier Diez Canseco** contra el informe de la Comisión de Ética y el acuerdo del Pleno del Congreso que aprobó dicho informe, imponiéndole la sanción de suspensión por noventa días en el ejercicio del cargo y funciones, por haber presentado un proyecto de ley para restituir a las acciones de inversión la calidad de acciones comunes con voto y a sus titulares los derechos económicos o societarios respectivos, sin haber informado al presentarlo que tenía un conflicto de intereses por favorecer dicho proyecto a su ex esposa y a su hija.

Al respecto, el demandante precisó que dicha sanción violaba el Código de Ética Parlamentaria porque la conducta imputada no está explícitamente regulada como infracción, y además reclamó que en el Pleno fue materia de debate también el hecho que pretendía beneficiar a un ex colaborador, lo que no constaba en el informe ni fue materia de investigación previa, habiendo sido privado de su derecho de defensa.

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima examinó y resolvió el caso confirmando la sentencia que declaró fundada la demanda de amparo y nulos el informe de la Comisión de Ética Parlamentaria y el acuerdo del Pleno del Congreso, por haberse acreditado la violación de los derechos constitucionales del demandante al debido proceso y al honor.

Al evaluar los hechos del caso, la Corte Superior consideró que el deber del congresista de informar sobre los intereses económicos personales o familiares que podían favorecerse con una determinada propuesta legislativa, resultaba exigible y debió materializarse no en la presentación de la iniciativa legislativa o proyecto de ley, sino más bien en el debate o aprobación de una ley, que constituyen un estadio o etapa diferente del procedimiento legislativo¹⁵⁵⁴. Por lo tanto, al habersele atribuido al demandante una infracción que al momento de su comisión no estaba prevista como falta ética o disciplinaria susceptible de sanción por parte del Congreso, se vulneró el principio de legalidad¹⁵⁵⁵.

¹⁵⁵⁴ Sentencia de Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima de 24 de octubre de 2013, Exp. N° 461-2013, Javier Diez Canseco Cisneros, F.J. 4.14.

¹⁵⁵⁵ Idem, F.J. 4.15.

Asimismo, la incorporación del hecho relativo a haber beneficiado a un ex asesor como uno de los cargos de la propuesta de sanción por parte del congresista que actuó en representación de Comisión de Ética, afectó evidentemente el derecho al debido proceso del demandante en el debate ante el Pleno y en la votación de dicha propuesta, porque no estaba debidamente prevenido que dicho hecho era parte de los cargos en su contra, y no tuvo la posibilidad de desvirtuar este nuevo cargo y de ejercer plenamente su derecho de defensa ante el Pleno¹⁵⁵⁶.

Sobre este mismo tema, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima que conoció en primera instancia había advertido que dicha circunstancia por sí sola acreditaba que se ha violado el derecho del demandante a la comunicación previa y detallada de la acusación en sede parlamentaria, y su derecho a la defensa¹⁵⁵⁷.

Y en el proceso de amparo iniciado por la **congresista Celia Anicama** contra la resolución de la Comisión de Ética y el acuerdo del Pleno del Congreso que la suspendieron en el ejercicio del cargo por ciento veinte días de legislatura, el Tribunal Constitucional examinó las violaciones a los derechos al debido proceso, a la defensa y al principio de legalidad reclamadas por la demandante, cometidas supuestamente durante las actuaciones parlamentarias realizadas por la Comisión y el Pleno del Congreso en su perjuicio.

Antes de explicar el fondo de la demanda, el Tribunal establece que al no proceder el proceso contencioso administrativo contra la sanción parlamentaria, la justicia ordinaria no ofrece ningún proceso capaz de enmendar la afectación denunciada; por lo tanto, el proceso constitucional de amparo sí procede para cuestionar la constitucionalidad de las sanciones relacionadas a la ética parlamentaria, máxime si es necesaria una tutela subjetiva de urgencia que aminore el riesgo de irreparabilidad eventual por tratarse de una suspensión de corta duración¹⁵⁵⁸.

Acerca de las afectaciones al debido proceso y a la defensa, la demandante reclamó que se habría tomado en cuenta un hecho no investigado, referido a la simulación de su

¹⁵⁵⁶ Idem, F.J. 4.17.

¹⁵⁵⁷ Sentencia de Quinto Juzgado Constitucional de Lima de 4 de abril de 2013, Exp. N° 461-2013, Javier Diez Canseco Cisneros, F.J. 18°.

¹⁵⁵⁸ Sentencia de TCP de 12 de enero de 2016, Exp. N° 00358-2013-PA/TC, Celia Anicama Ñáñez, F.Js. 1-2.

divorcio con su ex marido; al respecto, el Tribunal consideró que dicho hecho sí se venía investigando desde el inicio de las pesquisas, siendo conocido por la congresista, y ella, además, efectuó sus descargos sobre dicha imputación¹⁵⁵⁹.

Asimismo, la demandante alegó que no se le permitió ejercer su defensa personal ante el Pleno, por haberse encontrado convaleciente de una intervención quirúrgica cuando fue citada, por lo que solicitó la reprogramación de la sesión y que su abogado ejerza su representación. El Tribunal respondió que la congresista mediante una carta ya no había pedido la reprogramación de la sesión sino que ella misma delegó a su abogado el ejercicio de su derecho de defensa, y él cumplió con defenderla en dicha ocasión¹⁵⁶⁰.

Por último, el Tribunal al absolver el reclamo referido a haber sido sancionada sin que se hubiera acreditado la comisión de una infracción tipificada en el Código de Ética, concluye que si bien es posible controlar la constitucionalidad de cualquier actuación parlamentaria, ello se encuentra supeditado a que incida sobre el contenido constitucional de algún derecho fundamental, lo que no aprecia en el caso concreto. Además, agrega que no le compete evaluar si la demandante incumplió el deber de conducta previsto por el artículo 23 del Reglamento del Congreso, porque de hacerlo terminaría por inmiscuirse en fueros ajenos¹⁵⁶¹. Para el Tribunal, la determinación de la comisión de la falta le corresponde al propio Congreso, más aún si se tratan de cuestiones éticas y no jurídicas¹⁵⁶².

E.- Antejudio político.-

La **congresista Tula Benites** interpuso demanda de hábeas corpus contra el acuerdo del Pleno del Congreso que en vía de antejudio político aprobó acusarla constitucionalmente por la presunta comisión de los delitos de peculado, colusión y falsedad genérica, por haber vulnerado su derecho al debido proceso, porque dicho procedimiento parlamentario había concluido con el acuerdo adoptado por el Pleno el día anterior que había desaprobado dicha

¹⁵⁵⁹ Idem, F.J. 11.

¹⁵⁶⁰ Idem, F.J. 13.

¹⁵⁶¹ Idem, F.Js. 15-16.

¹⁵⁶² Idem, F.J. 14.

acusación y dispuesto el archivo de la misma, y que fue sometido a reconsideración por el Pleno sin estar previsto en el Reglamento del Congreso.

El Tribunal Constitucional recordó que el artículo 25, numeral 15, del Código Procesal Constitucional dispone que el proceso de hábeas corpus procede ante la acción u omisión que amenace o vulnere el derecho a la observancia del trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas a que se refiere el artículo 99 de la Constitución. En tal sentido, estableció que cuando existe controversia sobre el trámite del procedimiento parlamentario de acusación constitucional seguido contra los funcionarios del Estado, el proceso de hábeas corpus es la vía constitucional adecuada para analizar la supuesta violación de los derechos de la persona¹⁵⁶³.

En casos anteriores, el Tribunal había reconocido que la investigación fiscal y el juzgamiento posterior de un ex presidente y de un ex ministro por presuntos delitos cometidos cuando estuvieron en ejercicio de sus cargos públicos, sin haber sido sometidos previamente al antejuicio político ante el Congreso, resultaban violatorias de los derechos fundamentales, específicamente del derecho al debido proceso que tienen los altos funcionarios y no se condecían con los principios del Estado Constitucional¹⁵⁶⁴. Como recordaba, el procedimiento del antejuicio analiza hechos presuntamente ilícitos cometidos por los funcionarios, hasta cinco años después de haber dejado el cargo¹⁵⁶⁵.

Pero, para el Tribunal, habiéndose dictado ya una resolución judicial que inició el proceso penal, por la supuesta comisión de los delitos referidos contra la recurrente, se

¹⁵⁶³ Sentencia de TCP de 7 de abril de 2009, Exp. N° 02364-2008-PHC/TC, Tula Benites Vásquez, Voto Singular, F.J. 3.

¹⁵⁶⁴ Sentencias de TCP de 1° de octubre de 2007, Exp. N° 04747-2007-PHC/TC, Fernando Rospigliosi Capurro, F.J. 6; y de 25 de julio de 2007, Exp. N° 2440-2007-PHC/TC, Alejandro Toledo Manrique, F.J. 13. En ambos casos, se reclamaban investigaciones fiscales previas a un proceso penal, por lo que el Tribunal señala que el Ministerio Público no puede promover una investigación a propósito de la supuesta comisión delictiva por parte de un alto funcionario, si éste previamente no ha sido objeto de acusación constitucional en el Congreso, y por ello, los actos jurisdiccionales que se lleven a cabo sin haber seguido dicho procedimiento, adolecen de nulidad (Exp. N° 04747-2007-PHC/TC, F.J. 6).

¹⁵⁶⁵ Sentencia de TCP de 25 de julio de 2007, Exp. N° 2440-2007-PHC/TC, Alejandro Toledo Manrique, F.J. 13.

produjo la sustracción de la materia, y carecía de objeto pronunciarse sobre la demanda, sin perjuicio que la demandante haga valer su derechos en el proceso penal en curso¹⁵⁶⁶.

Igualmente, en el caso del ex ministro, el Tribunal declaró improcedente la demanda por sustracción porque la Fiscalía ya había dispuesto no haber lugar a formalizar denuncia penal contra él¹⁵⁶⁷.

No obstante la decisión tomada por el Tribunal, conviene citar que en el Voto Singular dos magistrados explicaron las razones por las que se aplican las garantías mínimas del debido proceso en el procedimiento parlamentario del antejuicio político. Así, estimaron que el debido proceso en el antejuicio político tiene por finalidad evitar los excesos de poder de la Comisión Permanente y del Pleno del Congreso, y otorgar las garantías de protección a los derechos de los congresistas sometidos a antejuicio, para que ninguna de las actuaciones parlamentarias de dicho procedimiento dependa del propio arbitrio de la Comisión Permanente o del Pleno, sino que se encuentren sujetas siempre a las reglas procedimentales previamente señaladas en la Constitución y el Reglamento del Congreso¹⁵⁶⁸.

De esta manera, el debido proceso parlamentario se convierte en una manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por la Comisión Permanente y el Pleno del Congreso debe estar previamente señalada en la Constitución y en la ley, como también las funciones que les corresponden y los actos y reglas a seguir en el procedimiento parlamentario de antejuicio político antes de adoptar una determinada decisión¹⁵⁶⁹.

¹⁵⁶⁶ Sentencia de TCP de 7 de abril de 2009, Exp. N° 02364-2008-PHC/TC, Tula Benites Vásquez, Voto Singular, F.J. 5.

¹⁵⁶⁷ Sentencia de TCP de 1° de octubre de 2007, Exp. N° 04747-2007-PHC/TC, Fernando Rospigliosi Capurro, F.J. 7.

¹⁵⁶⁸ Sentencia de TCP de 7 de abril de 2009, Exp. N° 02364-2008-PHC/TC, Tula Benites Vásquez, Voto Singular, F.J. 15.

¹⁵⁶⁹ Idem, F.J. 16. Para los magistrados, estos actos y reglas no pueden ser modificadas a voluntad de quien conduce el respectivo procedimiento parlamentario de antejuicio político, porque sorprendería a los congresistas procesados y vulneraría la observancia del procedimiento previamente establecido por la ley como una de las garantías esenciales del debido proceso.

F.- Comisiones parlamentarias de investigación.-

F.1.- Caso César Tineo Cabrera.-

Es la Sentencia del Tribunal Constitucional del caso **César Tineo Cabrera** la que consolida el criterio del control jurisdiccional de los actos parlamentarios emanados en juicios y antejuicios políticos, y lo extiende al nivel de las comisiones parlamentarias de investigación, exigiendo que las actividades de las comisiones se sujeten a las garantías del debido proceso, y formándose una suerte de debido proceso investigatorio-parlamentario.

Para el Tribunal, este derecho debe ser respetado no sólo en los procedimientos de antejuicio y de juicio político, sino también en las actuaciones de las comisiones investigadoras o de las comisiones ordinarias que reciben el mismo encargo del Pleno del Congreso, y merece una tutela reforzada porque el Congreso decide por mayoría y actúa por criterios de oportunidad y conveniencia política, es decir, que su actuación y canon de control es de carácter subjetivo porque no ejerce función jurisdiccional propiamente dicha¹⁵⁷⁰.

En este proceso, el demandante solicitaba la invalidez del antejuicio político al que fue sometido por el Congreso como un magistrado por haber resuelto un proceso de amparo a favor de la señora Martha Chávez acatando las instrucciones del ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos, la nulidad de la resolución legislativa que declaraba haber lugar a formación de causa y del proceso judicial penal seguido en su contra.

No obstante que reclamaba la violación de las garantías del debido proceso en el antejuicio político seguido en sede parlamentaria, el Tribunal sin que sea relevante para resolver el proceso concreto, va más allá y establece además que en sede parlamentaria las garantías del debido proceso deben ser respetadas por las comisiones investigadoras y ordinarias a las que se otorga las mismas facultades investigatorias que las primeras.

Esta doctrina jurisprudencial ha provocado opiniones y reacciones polémicas que se adoptan acerca de ella: primero *(i)*, una posición maximalista favor del control jurisdiccional pleno, más intenso y estricto, en los procedimientos parlamentarios; segundo *(ii)*, otra opinión minimalista o intermedia que aplica el debido proceso y el control judicial pero

¹⁵⁷⁰ Sentencia de TCP de 8 de agosto de 2012, Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, César Tineo Cabrera, F.J. 4.

también lo restringe y modula según sus peculiaridades resultando laxo y menos intenso; hasta, en tercer lugar (iii), una postura negativa que rechaza en absoluto tal posibilidad en defensa de la plena autonomía parlamentaria y del principio de separación de poderes¹⁵⁷¹.

La posición maximalista favorable al control jurisdiccional parte por considerar que el debido proceso es un derecho y garantía universal, no limitado a aplicarse exclusivamente en los ámbitos de la justicia ordinaria, sino que otorga a toda persona una protección legal efectiva en cualquier ámbito sea el de la justicia ordinaria, el legislativo o el administrativo, en el que pueda ser investigada y encausada para determinar responsabilidades que pueden conducir a acusaciones por comisión de delito ante la justicia ordinaria, o a sanciones de destitución o inhabilitación, que afecten derechos civiles y políticos¹⁵⁷².

En dicho marco, el Congreso de la República y más aún sus comisiones investigadoras no pueden cumplir sus labores parlamentarias violando los derechos fundamentales de las personas¹⁵⁷³ y el debido proceso¹⁵⁷⁴: En el supuesto que se lleve a cabo una investigación sin respetar los derechos esenciales del investigado, se pone en riesgo la validez de toda la investigación, porque podrá ser impugnada y dejada sin efecto por mandato judicial a través de un proceso constitucional¹⁵⁷⁵.

Frente a ésta, la postura negativa reivindica la autonomía parlamentaria del Congreso de la República como órgano político representativo de la voluntad popular, en el marco del principio de separación de poderes que la Constitución garantiza, y cuestiona que

¹⁵⁷¹ CAJALEÓN CASTILLA, Eddie: “Debido proceso legal y Parlamento”, en *RAE Jurisprudencia Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, N° 82 Especial Derecho al debido proceso en sede parlamentaria, Abril 2015, pp. 60-63.

¹⁵⁷² BERNALES BALLESTEROS, Enrique: “Informe jurídico constitucional del Dr. Enrique Bernal Ballesteros sobre el debido proceso en sede parlamentaria; aplicación en casos”, en *¿Investigar o inhabilitar? La violación del debido proceso en la investigación a Alan García*, Lima, 2013, p. 22; y, QUIROGA LEÓN, Aníbal: “Informe del Dr. Aníbal Quiroga León Informe legal-constitucional: análisis del proceso-parlamentario-megacomisión encargada de investigar la gestión presidencial 2006-2011”, en *¿Investigar o inhabilitar? La violación del debido proceso en la investigación a Alan García*, Lima, 2013, pp. 61-62.

¹⁵⁷³ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: “Informe del Dr. Domingo García Belaúnde sobre el proceder de la comisión investigadora de la gestión del ex Presidente Alan García Pérez durante 2006-2011”, en *¿Investigar o inhabilitar? La violación del debido proceso en la investigación a Alan García*, Lima, 2013, p. 19.

¹⁵⁷⁴ LANDA ARROYO, César: “El control parlamentario en la Constitución ...” op. cit., p. 131. El autor además de la asistencia de un abogado al comparecer ante las comisiones, señala que se deben incluir otros derechos que las comisiones deben respetar: la dignidad de la persona humana, el honor, la intimidad y privacidad, el debido proceso parlamentario y la defensa.

¹⁵⁷⁵ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: “Informe del Dr. Domingo García Belaúnde ...” op. cit., p. 16.

el Tribunal Constitucional se avoque indebidamente a conocer y definir materias reservadas constitucionalmente al órgano legislativo del Estado¹⁵⁷⁶.

Al respecto, se afirma, primero (i), el Tribunal no distingue la naturaleza que tienen los procedimientos parlamentarios, que se diferencian de los procesos jurisdiccionales en los que se aplican las garantías del debido proceso¹⁵⁷⁷, porque el juez en los procesos penales investiga hechos para determinar, mediante una sentencia motivada jurídicamente, la responsabilidad penal del procesado, y las comisiones investigadoras no arriban a ninguna sanción sino que establecen recomendaciones y conclusiones sobre asuntos o hechos de interés público desde la lógica política, y no se aplican los estándares del proceso penal¹⁵⁷⁸; segundo (ii), el Congreso produce actos políticos que tienen relevancia y están sujetos a controles políticos¹⁵⁷⁹; y tercero (iii), las injerencias judiciales pueden tener por objeto cerrar o entorpecer las investigaciones con la finalidad de lograr algún grado de impunidad sobre los hechos investigados de interés público en materia de presunta corrupción gubernamental¹⁵⁸⁰.

Si bien se reconoce la necesidad de optimizar la organización y procedimientos parlamentarios, no se debe permitir la intrusión del Tribunal en el fuero privativo del Congreso, y se debe evitar caer en la tentación de judicializar la actividad parlamentaria¹⁵⁸¹.

Entre estas corrientes, hay otras opiniones intermedias o minimalistas que pretenden hacer compatibles las exigencias del debido proceso con las funciones investigadoras de las

¹⁵⁷⁶ DELGADO-GUEMBES, César: “Una vez más ¿Quis custodiet ipso custodies? Efectos de la STC Exp. N° 00156-2012-PHC/TC”, en *Gaceta Constitucional*, T. 65, Mayo 2013, p. 234.

¹⁵⁷⁷ Idem, p. 260.

¹⁵⁷⁸ LANDA ARROYO, César: “¿Diálogo entre la justicia constitucional y la jurisdicción internacional? Entre la incorporación y la manipulación de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano”, en LÓPEZ GUERRA, Luis y SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Dirs.): *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Lima, Palestra, 2015, p. 219; y, Opinión Consultiva N° 002-2014-2015-CCR/CR de la Comisión de Constitución y Reglamento Período Anual de Sesiones 2014-2015, puntos 4.3.2.3 y 5.7.

¹⁵⁷⁹ GUTIÉRREZ TICSE, Gustavo: “Una sentencia que expresa el grave desconocimiento de las instituciones parlamentarias A propósito de la sentencia emitida por la Primera Sala Civil en el caso Alan García y la “megacomisión””, en *Gaceta Constitucional*, T. 73, Enero 2014, p. 242.

¹⁵⁸⁰ LANDA ARROYO, César: “Consideraciones generales sobre los límites del control judicial del debido proceso en los procedimientos desarrollados ante las comisiones investigadoras del Congreso de la República”, en *Revista Derecho PUCP*, N° 73, 2014, p. 479; y, BUSTOS GISBERT, Rafael: “Corrupción de los gobernantes ...” op. cit., pp. 139-143.

¹⁵⁸¹ DELGADO-GUEMBES, César: “Una vez más ¿Quis custodiet ipso custodies? ...” op. cit., p. 260.

comisiones parlamentarias, aplicándolas con rigor o restringiéndolas en grado menor en función de las etapas del procedimiento investigatorio o en razón al objeto investigado.

De acuerdo al estado del procedimiento, se propone un control judicial restringido del debido proceso, *ex ante*, antes que se emita el informe de la comisión investigadora, y un control judicial más exigente e intenso, *ex post*, cuando la labor de la comisión haya concluido y presentado su informe y conclusiones de las que se deriven presuntas responsabilidades a determinar en otras instancias¹⁵⁸².

Así, en la primera etapa (*i*), la autoridad judicial no debe entorpecer la labor investigadora con un escrutinio estricto de las garantías del debido proceso, sino preferir el desarrollo de la labor de investigación política del Congreso hasta su culminación, y en la segunda (*ii*), el escrutinio judicial en un proceso de amparo debe ser exigente con la actuación desplegada por la comisión durante sus investigaciones, a fin de asegurar que se haya respetado el debido proceso en sede parlamentaria, a través de los exámenes de razonabilidad, coherencia y suficiencia¹⁵⁸³.

Y por otra parte, las exigencias del debido proceso son consideradas diferentes según el objeto investigado: ciertos hechos concretos, o responsabilidades de personas individuales en relación a esos hechos, pues en los casos que dichas comisiones investiguen hechos las exigencias relacionadas con el debido proceso son menores que en aquellos casos en que se investigan irregularidades en la gestión de personas concretas, que resultan imputadas implícitamente aún cuando la comisión *per se* no impone sanción alguna¹⁵⁸⁴.

¹⁵⁸² LANDA ARROYO, César: "Consideraciones generales sobre los límites del control ..." op. cit., pp. 478-479; y, Opinión Consultiva N° 002-2014-2015-CCR/CR de la Comisión de Constitución y Reglamento Período Anual de Sesiones 2014-2015, puntos 4.4.2 y 5.11.

¹⁵⁸³ Idem, p. 479.

¹⁵⁸⁴ SAR SUÁREZ, Omar: "Naturaleza de la actividad de las comisiones investigadoras y las particularidades del debido proceso en dicho ámbito", en *Gaceta Constitucional*, T. 73, Enero 2014, pp. 238-240; y, GUDE FERNÁNDEZ, Ana: *Las comisiones parlamentarias de investigación* op. cit., pp. 39-40 y 245. Para Gude Fernández, los derechos de los comparecientes deben distinguirse según el *status* legal de meros testigos o de investigados que tengan ante la comisión: uno (*i*), los investigados tienen un *status* análogo al de los inculcados en los procesos judiciales, y por ello, tienen los derechos a permanecer en silencio, a no declarar contra sí mismo, y acudir a la comisión acompañado de quien pueda prestarle asistencia legal; y dos (*ii*), los testigos, los derechos a no prestar declaración que pueda incriminarlos, a no revelar datos o noticias conocidas por el ejercicio de su profesión, y a los privilegios procesales que tienen los testigos judiciales.

Además, debe apreciarse que puede suceder que durante el desarrollo de sus actividades, las comisiones que comenzaron investigando hechos, pueden después enfocarse a determinar la responsabilidad de las personas, por lo que el estándar de aplicación del debido proceso debe modificarse para no quedar reducida a una mera formalidad¹⁵⁸⁵.

Finalmente, en todo caso, la aplicación de un tipo laxo de escrutinio y del principio de proporcionalidad frente a un control intenso, es la posición más adecuada porque la aplicación reforzada de las garantías del debido proceso conforme a los estándares fijados por la Corte Interamericana al trabajo parlamentario de las comisiones investigadoras, importa una limitación seria que atenta contra el derecho fundamental al desempeño y ejercicio efectivo del cargo representativo que tienen los congresistas para hacer uso de las facultades inherentes del *ius in officium*.

Ello debe hacerse para evitar el vaciamiento del contenido y la pérdida de eficacia del derecho fundamental de los congresistas, ponderando si las garantías procesales que los limitan son idóneas, necesarias y proporcionadas en sentido estricto, en relación con las facultades y potestades de los congresistas y la función parlamentaria del control político que tienen las minorías opositoras, como el derecho a solicitar la creación de una comisión y a llevar a cabo investigaciones parlamentarias en asuntos de interés público, a solicitar la comparecencia de sujetos ante la comisión, a plantearles preguntas interrogando a los comparecientes, y a presentar los informes que contengan las conclusiones y recomendaciones ante el Pleno del Congreso¹⁵⁸⁶.

El reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales a la permanencia y al desempeño y ejercicio efectivo de las facultades relacionadas al cargo: *ius in officium*, y al respeto del debido proceso, sirven para proteger a los congresistas frente al ejercicio abusivo de las potestades sancionatorias y disciplinarias del Congreso, y para que la aplicación de las garantías del debido proceso en el trabajo de las comisiones parlamentarias de investigación no suprima ni entorpezca desproporcionadamente dichas facultades. Ello con el fin de hacer concretas y reales la participación política de los ciudadanos a través de sus representantes libremente elegidos, la construcción de la representación política a través de los congresistas

¹⁵⁸⁵ SAR SUÁREZ, Omar: "Naturaleza de la actividad de las comisiones investigadoras ..." op. cit., p. 240.

¹⁵⁸⁶ CAJALEÓN CASTILLA, Eddie: "Debido proceso legal y Parlamento" op. cit., p. 92.

para que actúen en interés de los representados, y la protección de las minorías políticas en la funciones parlamentarias de control político sobre las acciones del gobierno y la mayoría parlamentaria.

F.2.- Caso Alan García Pérez.-

En la demanda de amparo interpuesta por el **ex Presidente de la República Alan García Pérez** contra la comisión investigadora multipartidaria encargada de investigar la gestión de su período de gobierno 2006-2011, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima expidió la Sentencia de 27 de diciembre de 2013, declarando fundada en parte la demanda y nulo lo actuado por dicha comisión a partir de la citación del 8 de marzo de 2013 y actos posteriores o sucesivos, por haberse acreditado la violación de los derechos constitucionales a la comunicación previa y detallada de los hechos imputados y a la defensa.

Para la Corte Superior, la comisión al citarlo para que comparezca ante la misma, no cumplió con brindar al demandante en su condición de investigado, la información suficiente y adecuada sobre los hechos e ilícitos imputados, limitándose a repetir los términos genéricos de la moción del Pleno del Congreso. De esta manera, la comisión impidió el ejercicio del derecho de defensa del demandante, pues no identificó la caracterización legal de los hechos ilícitos, incurriendo en contravención del artículo 139 de la Constitución y del artículo 8.2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra las garantías del debido proceso, específicamente el derecho de comunicación detallada de los hechos imputados, conforme ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional Peruano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁵⁸⁷.

Asimismo, para la Corte, la comisión citó al investigado con generalidades tales como “presunta responsabilidad de funcionarios subordinados a usted”, “presuntas irregularidades en la concesión de indultos y conmutaciones de penas”, “presunta participación, intervención, aquiescencia u omisión intencional en la emisión de decretos de urgencia y decretos supremos referidos a programas y/o proyectos de agua y saneamiento, SEDAPAL, Agua para todos”, entre otros, lo que evidentemente impide ejercer, preparar y organizar una

¹⁵⁸⁷ Sentencia de Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima de 27 de diciembre de 2013, Exp. N° 14923-2013, Alan García Pérez, F.J. 70°.

defensa eficaz. Además, por consecuencia lógica, la vulneración del derecho a la comunicación previa, se afectó el derecho de defensa del demandante, pues sin lo primero no se puede preparar lo segundo en igualdad de condiciones¹⁵⁸⁸.

F.3.- Caso Alejandro Toledo Manrique.-

En una demanda de hábeas corpus interpuesta por el señor **Luciano López Flores** a favor del ex Presidente de la República Alejandro Toledo Manrique, contra la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso, el demandante solicitó que se declare nula la moción aprobada por el Pleno que facultaba a dicha comisión a investigar las presuntas irregularidades en la adquisición de inmuebles por parte del ex presidente y otras personas vinculadas a él, y se declare la nulidad de los actos de la investigación, por haber vulnerado los derechos fundamentales a la defensa técnica y la asistencia letrada, a la comunicación de los cargos, y a la defensa y motivación en el levantamiento del secreto bancario.

El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda pero luego de haber revisado los actos de la comisión parlamentaria, examinando cada una de las supuestas afectaciones al debido proceso alegadas por el demandante y no habiendo encontrado que la comisión haya vulnerado alguna de ellas en su perjuicio.

En relación a la afectación del derecho a la defensa técnica y a la asistencia letrada reclamada por el rechazo de un primer escrito apersonamiento del abogado del ex presidente, el Tribunal estableció que dicho impase por la firma del escrito no privó de modo efectivo su derecho, porque, por el contrario, el abogado asistió a su defendido en todo momento, acompañándolo y asesorándolo en las ocasiones en que compareció ante la comisión¹⁵⁸⁹.

Acerca del derecho a la comunicación previa y detallada de los cargos, el Tribunal citó los asuntos indicados para prestar declaración ante la comisión por la comunicación cursada por la misma: uno (i), su participación en la conformación de la empresa Ecoteva Consulting Group S.A.; dos (ii), su participación en la adquisición de determinados bienes inmuebles, una oficina, tres estacionamientos y un depósito identificados; tres (iii), el

¹⁵⁸⁸ Idem, F.J. 73°.

¹⁵⁸⁹ Sentencia de TCP de 4 de noviembre de 2015, Exp. N° 4968-2014-PHC/TC, Luciano López Flores (por Alejandro Toledo), F.J. 38.

financiamiento y pago de las hipotecas de dos inmuebles determinados; y cuatro (*iv*), el origen de los fondos con los que hizo dichas adquisiciones, el saneamiento de los inmuebles de su propiedad y otras inversiones financiadas por Ecoteva¹⁵⁹⁰.

De los asuntos indicados, concluyó que la comunicación no sólo fue previa al comparecimiento ante la comisión, sino que, considerando la etapa embrionaria de la investigación, cumplió con el deber de haber dado a conocer al investigado, con el mayor detalle posible, los hechos materia de la investigación que ameritaron la citación¹⁵⁹¹.

Por último, frente al reclamo alegado de no haber sido comunicado de los hechos materia de investigación antes de solicitar el levantamiento del secreto bancario adoptado en la Sentencia del caso César Tineo¹⁵⁹², el Tribunal rectificó dicho criterio y estableció que antes de solicitarse el levantamiento del secreto bancario lo que debe ocurrir es la conformación de la comisión investigadora, y no la comunicación de los hechos al investigado, porque esta última no es una condición previa que deba verificarse ni siquiera en el ámbito jurisdiccional penal¹⁵⁹³. En consecuencia, el Tribunal no encontró que el levantamiento del secreto bancario haya resultado un acto inconstitucional.

F.4.- Garantías procesales aplicables a las comisiones parlamentarias de investigación.-

El Tribunal Constitucional en la primera sentencia del caso César Tineo Cabrera, desarrolló una lista de garantías mínimas del debido proceso aplicables en las actuaciones de las comisiones. Entre estas garantías del debido proceso investigador-parlamentario tenemos: uno (*i*), el derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación; dos (*ii*), el derecho a la concesión del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa; tres (*iii*), el derecho a la defensa; cuatro (*iv*), el derecho a ser juzgado por una autoridad independiente

¹⁵⁹⁰ Idem, F.J. 56.

¹⁵⁹¹ Idem, F.J. 57.

¹⁵⁹² Sentencia de TCP de 8 de agosto de 2012, Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, César Tineo Cabrera, F.J. 74.

¹⁵⁹³ Sentencia de TCP de 4 de noviembre de 2015, Exp. N° 4968-2014-PHC/TC, Luciano López Flores (por Alejandro Toledo), F.J. 90. El Tribunal invocó la norma procesal penal que faculta al juez a levantar el secreto bancario, expresando que el éxito del objetivo de dicha medida se encuentra en que la decisión jurisdiccional se adopte sin conocimiento aún de que existe una investigación, sin perjuicio que el procesado conozca posteriormente el sentido de la resolución para tener la posibilidad de controlar la motivación de la misma.

bajo criterios objetivos y razonables; cinco (v), el principio del *non bis in ídem*; seis (vi), el derecho a ser investigado dentro de un plazo razonable; y, siete (vii), el derecho a la defensa y a la debida motivación en el levantamiento del secreto bancario.

A raíz de esta resolución, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, del período anual de sesiones 2014-2015, emitió la Opinión Consultiva N° 002-2014-2015-CCR/CR, analizando el impacto de sus alcances jurídicos en el trabajo de las comisiones investigadoras creadas por el Congreso.

En la segunda sentencia del caso Alejandro Toledo Manrique, el Tribunal incorpora otros criterios en relación a las comisiones investigadoras, agregando otras garantías procesales, y haciendo matizaciones sobre la aplicación de las garantías expuestas por la primera. Así, uno (i), el derecho a la defensa técnica y a la asistencia letrada; dos (ii), el derecho a no ser compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo; tres (iv), el derecho a no ser sometido a un procedimiento distinto al previamente establecido; cuatro (iv), el derecho a la comunicación previa y detallada de los cargos; cinco (v), el derecho a ser oído; seis (vi), el derecho a la concesión del tiempo y de los medios adecuados para preparar la defensa; siete (vii), el derecho a intervenir e interrogar a los testigos; ocho (viii), el derecho a una investigación parlamentaria independiente e imparcial; y, nueve (ix), el derecho a la defensa y a la debida motivación en el levantamiento del secreto bancario.

La independencia e imparcialidad de las comisiones investigadoras.-

Para el Tribunal, si bien la independencia y la imparcialidad están relacionadas, ambas tienen un contenido jurídico propio. La independencia tiene una íntima relación con el principio de separación de poderes, previsto en el artículo 43 de la Constitución, y tiene una manifestación en esencia estructural e institucional, que caracteriza al Poder Judicial del Estado y al juez que ejerce la función jurisdiccional, de tal forma que sólo se encuentra vinculado por el ordenamiento jurídico, más no por la decisión de otro poder público¹⁵⁹⁴.

Por ello, el Tribunal descarta su tesis anterior que aplicaba a una comisión parlamentaria la exigencia de juzgar como autoridad independiente bajo criterios objetivos.

¹⁵⁹⁴ Idem, F.J. 70.

A diferencia de ello, según el Tribunal, la imparcialidad no apunta a la relación del órgano con el sistema, sino a la relación del órgano con la cuestión litigiosa, por el que existe imparcialidad cuando no hay razones suficientes para sostener que el órgano decisor tiene un interés subjetivo con el asunto que está llamado a heterocomponer o resolver, o que no guarda equidistancia respecto de las partes enfrentadas en el proceso¹⁵⁹⁵.

Para el Tribunal, la imparcialidad es exigible a los miembros de una comisión investigadora porque es una condición *sine qua non* para la interdicción de la arbitrariedad, predicable del accionar de todo poder público¹⁵⁹⁶. Pero, por tratarse de un ámbito orientado a la investigación de hechos y no a la toma de decisiones que incida en la esfera subjetiva de las personas, el contenido de la imparcialidad aquí es exigible con matices porque la función de la comisión está mucho más cercana al que tiene el Ministerio Público, que al que impregna la función jurisdiccional¹⁵⁹⁷.

El problema es que los procedimientos parlamentarios que llevan a cabo las comisiones no tienen la finalidad de administrar justicia que persiguen los tribunales sino que tienen por fin controlar la acción del Gobierno, y sus miembros no son jueces independientes, inamovibles y sometidos al imperio de la ley, pues se tratan de congresistas representantes de una determinada opción política, sujetos a elecciones periódicas y sometidos a la necesidad de demostrar al pueblo los desaciertos de la acción gubernamental en cuanto oposición, o lo contrario si forman parte de la mayoría y del Gobierno¹⁵⁹⁸.

La imparcialidad exigida puede concretizarse a través de tres normas regla: primero (i), la comisión investigadora no esté integrada por los congresistas quienes plantearon la moción para su creación por el Pleno; segundo (ii), la prohibición de adelanto de opinión por sus miembros; y tercera (iii), la proporcionalidad y razonabilidad del informe final¹⁵⁹⁹.

¹⁵⁹⁵ Idem, F.J. 71.

¹⁵⁹⁶ Idem, F.J. 79.

¹⁵⁹⁷ Idem, F.J. 80.

¹⁵⁹⁸ GARCÍA MAHAMUT, Rosario: "Las comisiones de investigación y el poder judicial" op. cit., p. 54.

¹⁵⁹⁹ Opinión Consultiva N° 002-2014-2015-CCR/CR de la Comisión de Constitución y Reglamento Período anual de sesiones 2014-2015, punto 4.3.4.2.

Al respecto, mientras la primera (i) está prevista como una exigencia de preferible o deseable ocurrencia, no como prohibición, por el artículo 88, literal a, del Reglamento del Congreso, que señala que se evitará que integren la comisión quienes hayan solicitado su constitución¹⁶⁰⁰, la tercera y última (iii) exige que si bien la investigación parlamentaria es de naturaleza política, el análisis de los hechos que realicen los miembros de la comisión debe ser objetivo y razonable, el informe debe reflejar una motivación suficiente y lógica entre los hechos investigados y la conclusión, y la decisión adoptada tiene que ser razonable y proporcionada con los fines perseguidos y otros bienes constitucionales relacionados¹⁶⁰¹.

La segunda (ii) que prohíbe el adelanto de opinión a los miembros de la comisión, se sustenta en el hecho que el principio de imparcialidad establece como mandato la prohibición que el juzgador tenga ideas preconcebidas antes de emitir un voto para aprobar o desaprobado el informe final de la comisión investigadora¹⁶⁰².

No obstante, lo que no sólo no es reprochable, sino que es inherente a una comisión de investigación, es que sus miembros, a medida que suman elementos de valoración, desarrollen hipótesis vinculadas a los hechos conocidos, y se inclinen progresivamente a que se atribuyan responsabilidades a determinadas personas, hasta que se configuren en las conclusiones del informe. En consecuencia, para el Tribunal, carece de sentido que se pudiera acusar a una comisión o a sus miembros de emitir un prejuzgamiento, cuando se trate de la construcción paulatina de una hipótesis previa al acto formal de adoptar conclusiones¹⁶⁰³.

Para el Tribunal, mientras exista respeto a los derechos constitucionales al honor y la buena reputación de las personas, y no se realice una imputación directa de responsabilidad penal contraria al principio de presunción de inocencia, no resulta inconstitucional que los miembros de una comisión manifiesten una hipótesis sobre el caso conforme a los trabajos

¹⁶⁰⁰ DELGADO-GUEMBES, César: "Antecedentes, itinerario y programa de acción para las comisiones investigadoras después de la Opinión Consultiva N° 2 de la Comisión de Constitución del Congreso (Alcances de la STC 156-2012-PHC/TC)", en *RAE Jurisprudencia Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, N° 82 Especial Derecho al debido proceso en sede parlamentaria, Abril 2015, p. 44.

¹⁶⁰¹ Opinión Consultiva N° 002-2014-2015-CCR/CR de la Comisión de Constitución y Reglamento Período anual de sesiones 2014-2015, puntos 4.3.4.2 y 5.9.

¹⁶⁰² Idem, punto 4.3.4.2.

¹⁶⁰³ Sentencia de TCP de 4 de noviembre de 2015, Exp. N° 04968-2014-PHC/TC, Luciano López Flores (por Alejandro Toledo), F.J. 81.

que vayan realizando. Sostener la tesis de que se encuentran jurídicamente impedidos de hacerlo es incompatible con la naturaleza eminentemente política del Parlamento¹⁶⁰⁴.

No obstante ello, sí resulta claramente exigible a los miembros de una comisión el respeto por la imparcialidad desde un punto de vista subjetivo, por el que ningún miembro de la comisión puede tener un interés personal directo o indirecto en el resultado de la investigación, siendo de aplicación analógica las causales de inhibición previstas por el artículo 53, inciso 1, del nuevo Código Procesal Penal¹⁶⁰⁵. En relación a dicha disposición legal, la “enemistad manifiesta” no puede interpretarse por las divergencias de posición política que tienen los congresistas y miembros de las distintas fuerzas políticas en el Parlamento, pues la confrontación de dichas posiciones es el resultado del pluralismo democrático de los partidos o movimientos coexistentes en la comunidad¹⁶⁰⁶.

El derecho a no ser sometido a procedimiento distinto al establecido.-

El Tribunal en la primera sentencia reiteró una exhortación al Congreso para que cumpla con establecer en su Reglamento un procedimiento de acusación constitucional para los casos de juicio político, y para los que tienen lugar en las comisiones investigadoras, porque resulta necesario fijar plazos de actuación, principios procesales, criterios para la ponderación de pruebas, requisitos para el levantamiento del secreto bancario, de las comunicaciones y de los documentos privados, medios de impugnación, tachas, recusaciones, impedimentos, etc.¹⁶⁰⁷.

En el segundo caso, al haberse reclamado que por la falta de esta reglamentación el demandante en su condición de investigado, fue sometido a un procedimiento que no contaba con reglas ajustadas al debido proceso, el Tribunal afirma que dicha exhortación no puede ser interpretada en el sentido de que mientras el Parlamento no lo haga, los actos que realicen las comisiones resultan contrarios al derecho fundamental al debido proceso, pues la exhortación tiene el objetivo de optimizar el contenido protegido de los derechos que

¹⁶⁰⁴ Idem, F.J. 83.

¹⁶⁰⁵ Idem, F.J. 82.

¹⁶⁰⁶ Ibidem.

¹⁶⁰⁷ Idem, F.J. 25.

conforman al debido proceso, aminorando los riesgos de su violación, y con ello permitir que el Congreso, en el marco de sus atribuciones, aminore los riesgos de violación eventual¹⁶⁰⁸.

Además, no existe violación al derecho a no ser sometido a procedimiento distinto al previamente establecido¹⁶⁰⁹, porque el procedimiento de las comisiones de investigación se encuentra previsto por el artículo 88 del Reglamento del Congreso. Al respecto, el demandante no había reclamado la modificación del procedimiento regulado, tampoco la inexistencia de dicho procedimiento, lo que acusó era que el procedimiento de investigación no contaba con reglas preestablecidas ajustadas al debido proceso legal¹⁶¹⁰.

El derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación.-

Según el Tribunal, las comisiones de investigación se constituyen en la primera fase del procedimiento acusador de los altos funcionarios del Estado. Las comisiones investigan y, como consecuencia de ello, concluyen en la mayoría de casos, sugiriendo al Pleno del Congreso el levantamiento de inmunidades y prerrogativas, la iniciación de procedimientos ante el Ministerio Público poniendo a su conocimiento la comisión de delitos, el traslado de cargos por inconductas funcionales o por actuaciones contrarias a la ética parlamentaria, y en ciertas oportunidades, las comisiones formulan denuncias ante la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales contra los funcionarios investigados¹⁶¹¹.

Por todo ello, el Tribunal advierte lo que califica como un estado completo de indefensión, porque con vertiginosa rapidez y a veces por la fuerza de la influencia mediática, el invitado puede pasar de la condición de citado a acusado, sin que en el interín haya podido siquiera conocer qué se investiga, para qué se investiga y por qué se le cita¹⁶¹².

Para garantizar que los altos funcionarios o los ciudadanos conozcan los hechos por los que son citados a una comisión investigadora y puedan ejercer en forma efectiva su derecho a la defensa, el derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación, supone,

¹⁶⁰⁸ Sentencia de TCP de 4 de noviembre de 2015, Exp. N° 04968-2014-PHC/TC, Luciano López Flores (por Alejandro Toledo), F.J. 49.

¹⁶⁰⁹ Idem, F.J. 48.

¹⁶¹⁰ Ibidem.

¹⁶¹¹ Sentencia de TCP de 8 de agosto de 2012, Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, César Tineo Cabrera, F.J. 21.

¹⁶¹² Ibidem.

en primer lugar (*i*), que las comisiones deben dar a conocer con claridad bajo qué cargos y por qué circunstancias se cita a una persona a declarar; y segundo (*ii*), impone al Congreso la obligación de regular los distintos procedimientos sancionatorios, especialmente para garantizar los derechos que les asisten a quienes son investigados y citados¹⁶¹³.

Por ello, el supuesto de incumplimiento de la comunicación previa y detallada de los motivos de la investigación, da lugar a una vulneración clara del derecho de defensa como lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú¹⁶¹⁴.

Sobre este tema, conviene precisar que el derecho a la comunicación previa y detallada de los cargos es una exigencia contraria a la naturaleza de las comisiones investigadoras, porque en la medida que las comisiones investigan hechos y no llevan a cabo un proceso penal que involucra una imputación contra una persona, la exigencia de informar los “cargos” o imputaciones en las citaciones formuladas a aquellas personas que estime deban comparecer ante ella, no le resulta aplicable¹⁶¹⁵.

A pesar que reconoce que los procedimientos de las comisiones de investigación no son acusatorios y se refiere al término acusación en sentido lato¹⁶¹⁶, el Tribunal reinterpreta y matiza el deber de dar a conocer los cargos y circunstancias bajo el umbral del parámetro constitucional *sine qua non* de una comisión de investigación, consistente en permitir al notificado conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen. Dicho deber depende del ámbito y del estado en el que se encuentre la investigación, no siendo una

¹⁶¹³ Idem, F.J. 23.

¹⁶¹⁴ Idem, F.J. 24; y, Sentencia de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, párrs. 82 y 83. En esta sentencia, la Corte Interamericana concluyó que los magistrados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían y se les limitó el acceso al acervo probatorio, porque cuando comparecieron ante la comisión de investigación, su intervención respondía a las denuncias hechas por la magistrada Revoredo, y no a las supuestas anomalías producidas con ocasión de la sentencia sobre la reelección presidencial y su aclaración, por lo que no pudieron presentar sus descargos frente a las imputaciones en su contra, restringiéndose su derecho a la defensa.

¹⁶¹⁵ Opinión Consultiva N° 002-2014-2015-CCR/CR de la Comisión de Constitución y Reglamento Período Anual de Sesiones 2014-2015, punto 5.8.

¹⁶¹⁶ Sentencia de TCP de 4 de noviembre de 2015, Exp. N° 04968-2014-PHC/TC, Luciano López Flores (por Alejandro Toledo), F.J. 55.

obligación que pueda imponerse con prescindencia del análisis de cada caso en particular¹⁶¹⁷. No hay un estándar único de exigencia, sino estándares diferenciados. No puede exigirse desde el inicio comunicar las calificaciones e imputaciones definitivas sobre la materia, y sólo puede aplicarse el estándar diferenciado del mayor detalle posible de los hechos¹⁶¹⁸.

Desde una perspectiva contraria pero que llega al mismo fin, el hecho que las imputaciones o cargos no formen parte del contenido de la comunicación que se envía a una persona citada, no excluye el deber de la comisión de incorporar con el mayor detalle posible los hechos que son objeto de investigación, de acuerdo con el estadio de la misma¹⁶¹⁹.

Por ello, en un caso concreto, a juicio del Tribunal Constitucional, la comunicación no sólo fue previa al comparecimiento ante la comisión, sino que, considerando la etapa embrionaria en la que se encontraba la investigación, cumplía, a todas luces, con el deber de haber dado a conocer al investigado, con el mayor detalle posible, los hechos materia de investigación que justifican su citación¹⁶²⁰. Pero, en otro caso, la aplicación de un estándar único de exigencia, sin las diferencias pertinentes, desnaturalizó e impidió realizar la investigación parlamentaria a la gestión del ex Presidente Alan García¹⁶²¹.

El derecho a la concesión del tiempo y los medios adecuados para la defensa.-

En la primera sentencia, el Tribunal advirtió que el Reglamento del Congreso no ha establecido un plazo para presentar los descargos frente a las acusaciones que puedan entablar las comisiones investigadoras y de fiscalización, lo que pone en riesgo el derecho de defensa, por lo que recomienda que el Congreso adecue sus procedimientos a los estándares mínimos

¹⁶¹⁷ Ibidem; y, Sentencia de CIDH de 17 de noviembre de 2009, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, párr. 31: Para la Corte Interamericana, en el proceso penal, el contenido de la notificación variará de acuerdo al avance de las investigaciones, al principio, como mínimo, el investigado debe conocer con el mayor detalle posible los hechos atribuidos, y llegando al final, a su punto máximo, cuando se produzca la presentación definitiva de los cargos, que se debe caracterizar por ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado su defensa (párr. 28).

¹⁶¹⁸ LANDA ARROYO, César: “¿Diálogo entre la justicia constitucional y la jurisdicción internacional? ...” op. cit., p. 220.

¹⁶¹⁹ Opinión Consultiva N° 002-2014-2015-CCR/CR de la Comisión de Constitución y Reglamento Período Anual de Sesiones 2014-2015, punto 5.8.

¹⁶²⁰ Sentencia de TCP de 4 de noviembre de 2015, Exp. N° 04968-2014-PHC/TC, Luciano López Flores (por Alejandro Toledo), F.J. 57.

¹⁶²¹ LANDA ARROYO, César: “¿Diálogo entre la justicia constitucional y la jurisdicción internacional? ...” op. cit., pp. 220-221.

de protección del debido proceso, modificando su Reglamento a fin de establecer un plazo razonable que tenga en cuenta la complejidad de los casos a investigar¹⁶²².

En la segunda, entiende que se trata de una recomendación o exhortación al Congreso para reducir el riesgo de afectación del debido proceso, y no puede ser entendida como la verificación de una inconstitucionalidad por omisión cuya no cobertura desencadena por sí misma el actuar inconstitucional de las comisiones investigadoras. En tal sentido, con independencia de que no se haya procedido a regular dicho plazo, la violación del derecho fundamental a la concesión del tiempo para preparar la defensa sólo puede resultar efectivamente constatada, si por las circunstancias del caso concreto, se aprecia que no se brindó al investigado un plazo razonable para ejercer su defensa¹⁶²³.

Además de la concesión de un plazo de tiempo, el Tribunal estima que procede constatar si los medios concedidos han sido adecuados para ejercer la defensa, por lo que debe brindarse el acceso al expediente e informarse sobre la documentación y actuaciones de la investigación. En el supuesto que se impida o niegue el acceso a dichos materiales, se considera violado el derecho fundamental a la concesión de los medios adecuados para preparar a la defensa, al derecho a la defensa en sí mismo y al debido proceso¹⁶²⁴.

El derecho a la defensa: a ser oído y a la asistencia por abogado defensor.-

Además aplicar el derecho de defensa en los procedimientos parlamentarios de juicio político, antejuicio político y de levantamiento de inmunidad parlamentaria, el Tribunal Constitucional examina el contenido y dimensiones del derecho a la defensa, en sentido

¹⁶²² Sentencia de TCP de 8 de agosto de 2012, Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, César Tineo Cabrera, F.J. 28. El Tribunal agrega que cuando la Corte Interamericana condenó al Estado Peruano por la destitución de los tres magistrados del Tribunal Constitucional, su principal argumento fue que éstos no habían contado con el tiempo suficiente para preparar su defensa. Ver además Sentencia de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, párr. 83. La Corte Interamericana afirmó que el plazo otorgado para ejercer su defensa fue extremadamente corto, considerando la necesidad del examen de la causa y la revisión del acervo documentario a que tiene derecho cualquier imputado.

¹⁶²³ Sentencia de TCP de 4 de noviembre de 2015, Exp. N° 04968-2014-PHC/TC, Luciano López Flores (por Alejandro Toledo), F.Js. 62-63.

¹⁶²⁴ Idem, F.Js. 64-65.

material y formal, en el seno de las actividades de las comisiones parlamentarias de investigación.

El Tribunal entiende que el derecho fundamental de toda persona a ser oído es el derecho a ejercer la propia defensa¹⁶²⁵ como dimensión material del derecho a la defensa, para que, de esta manera, el imputado pueda ejercer directamente su defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo, lo que se distingue de la defensa técnica en su dimensión formal¹⁶²⁶.

En relación a las garantías mínimas relacionadas con la defensa del acusado en el proceso penal tenemos tres: uno (*i*), la autodefensa, que significa el derecho a defenderse por sí mismo; dos (*ii*), la defensa técnica, que implica el de ser asistido por un abogado de su libre elección; y tres (*iii*), la asistencia jurídica gratuita, para que el Estado le proporcione un abogado defensor¹⁶²⁷ si no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor. El Tribunal considera que los dos primeros se hacen extensivos en la investigación parlamentaria, más no se pronuncia expresamente por el tercero.

En una situación reclamada se alegaba la violación de este derecho por los miembros de una comisión parlamentaria, afirmándose que mediante una comunicación un ex presidente se había dirigido al presidente de la comisión para solicitarle que le permita acudir un determinado día para que por un tiempo de 20 minutos, pudiera compartir sus reflexiones y datos sobre los hechos materia de investigación, pero se había desnaturalizado su pedido al pretender compelerlo a declarar para lo que no había preparado su defensa, por lo que una congresista pidió la reprogramación de la cita¹⁶²⁸.

¹⁶²⁵ Sentencia de TCP de 4 de noviembre de 2015, Exp. N° 04968-2014-PHC/TC, Luciano López Flores (por Alejandro Toledo), F.J. 59.

¹⁶²⁶ Sentencia de TCP de 5 de julio de 2004, Exp. N° 2028-2004-HC/TC, Margi Clavo Peralta, F.J. 3. Para el Tribunal, en ciertos casos, ambas dimensiones del derecho de defensa pueden ser ejercidas por un abogado que al mismo tiempo es el procesado (F.J. 4).

¹⁶²⁷ ARANGÜENA FANEGO, Coral: "Exigencias en relación con el derecho de defensa: el derecho a la autodefensa, a la defensa técnica y a la asistencia jurídica gratuita [art. 6.3.c) CEDH]", en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (Coords.): *La Europa de los derechos El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 343-358.

¹⁶²⁸ Sentencia de TCP de 4 de noviembre de 2015, Exp. N° 04968-2014-PHC/TC, Luciano López Flores (por Alejandro Toledo), F.J. 58.

El Tribunal concluyó que dicho derecho no se había violado porque como se reconoció en la propia demanda, dicha sesión fue reprogramada y finalmente el ex presidente asistió a la comisión. Si bien en dicha sesión fue interrogado en compañía de su abogado defensor, también ejerció plenamente su derecho a ser oído¹⁶²⁹.

Asimismo, los comparecientes tienen derecho a acudir ante la comisión acompañados de quien pueda prestarle la asistencia legal que fuera necesaria, en especial cuando tengan el *status* legal análogo al de los investigados¹⁶³⁰. Al respecto, la dimensión formal del derecho a la defensa supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso, pues además que el procesado pueda ejercer su defensa material, tiene derecho a ser asistido por un abogado de su elección, o en todo caso, contar con un defensor de oficio asignado por el Estado¹⁶³¹.

En un hecho concreto se reclamaba que una comisión había rechazado un escrito de apersonamiento y designación de abogado defensor, porque la firma escaneada o fotocopiada del investigado no coincidía con la firma consignada en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Para el Tribunal, aplicando el criterio de indefensión material o efectiva, no se evidenciaba en modo alguno cómo el impase por la firma del ex presidente pudo haberle de modo efectivo vulnerado su derecho a la defensa técnica, puesto que, por el contrario, al abogado se le ha permitido asistir a su defendido en todo momento, acompañándolo y asesorándolo en las ocasiones en que compareció ante la comisión¹⁶³².

Ello porque, siguiendo al Tribunal Constitucional Español, no basta que ocurra una mera irregularidad, infracción o defecto procesal, constitucionalmente intrascendente, de una regla formal vinculada con a la defensa, sino que se requiere que aparezca un estado de indefensión material que se produce en una situación en la que de modo real y efectivo el

¹⁶²⁹ Idem, F.J. 60.

¹⁶³⁰ GUDE FERNÁNDEZ, Ana: *Las Comisiones parlamentarias de investigación* op. cit., p. 40.

¹⁶³¹ Sentencia de TCP de 5 de julio de 2004, Exp. N° 2028-2004-HC/TC, Margi Clavo Peralta, F.Js. 3-6.

¹⁶³² Sentencia de TCP de 4 de noviembre de 2015, Exp. N° 04968-2014-PHC/TC, Luciano López Flores (por Alejandro Toledo), F.J. 38.

procesado ha quedado privado de una garantía necesaria que le produce un perjuicio y no una expectativa de peligro, conllevando la privación o limitación del derecho a la defensa¹⁶³³.

El derecho a no ser compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo.-

Para el Tribunal Constitucional, el derecho a no ser compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo es un derecho fundamental implícito en la Constitución Política, reconocido expresamente además de contra sí mismo, contra su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, por el artículo 25, numeral 2, del Código Procesal Constitucional¹⁶³⁴. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho, primero (i), garantiza a la persona conocer que le asiste el derecho a guardar silencio pues le corresponde a la parte acusadora desvanecer la inocencia presunta¹⁶³⁵, sin que puedan extraerse consecuencias negativas para él por el ejercicio de dicho derecho¹⁶³⁶; y, segundo (ii), asegura la inexistencia de todo elemento que razonable y objetivamente lleve a sostener que la persona está siendo forzada, amenazada o condicionada para que reconozca una culpabilidad que, de no haber mediado, no habría reconocido¹⁶³⁷.

Precisamente, entre las garantías que para el Tribunal Constitucional sí deben reconocerse a los comparecientes en analogía a los previstos en los procesos judiciales, está el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable de hechos que pudieran imputársele, porque no existe disposición legal que sancione la conducta de permanecer en silencio¹⁶³⁸. Sin embargo, ello pone en peligro la eficacia de la investigación parlamentaria, porque si la comparecencia persigue esclarecer los hechos, ésta

¹⁶³³ Idem, F.J. 37; STC 40/2002, de 14 de febrero, F.J. 3; y, SALAH PALACIOS, Emilio: *La Tutela Judicial Efectiva* ... op. cit., pp. 97-99.

¹⁶³⁴ Idem, F.J. 45.

¹⁶³⁵ Ibidem.

¹⁶³⁶ STC 75/2007, de 16 de abril, F.J. 6; y, STC 76/2007, de 16 de abril, F.J. 8; y, ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo: *El derecho a no inculparse*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2015, pp. 172-173.

¹⁶³⁷ Sentencia de TCP de 4 de noviembre de 2015, Exp. N° 04968-2014-PHC/TC, Luciano López Flores (por Alejandro Toledo), F.J. 45.

¹⁶³⁸ GARCÍA MAHAMUT, Rosario: "Las comisiones de investigación y el poder judicial" op. cit., p. 72; y, GUDE FERNÁNDEZ, Ana: *las comisiones parlamentarias de investigación* op. cit., pp. 40 y 245.

incluye la obligación de declarar para que cumpla su finalidad, que no esta otra cosa que la comisión obtenga la información requerida del compareciente cuando declare ante ella¹⁶³⁹.

Frente a estas posiciones antagónicas, hay tesis intermedias. Una (i), afirma que el compareciente no puede invocar un derecho arbitrario a guardar silencio, de manera injustificada, sin dar más explicaciones debidas, sino que debe invocar su derecho a guardar silencio por el motivo que no se confiera a su declaración un contenido autoincriminatorio lesivo de sus derechos¹⁶⁴⁰. Y otra (ii) postula que para evitar el ejercicio del derecho a no declarar para no autoinculparse en un proceso penal simultáneo o posterior a la investigación parlamentaria, se deben modificar las disposiciones reguladoras para que las declaraciones de los comparecientes ante una comisión carezcan de valor probatorio en un proceso penal, y crear una suerte de arrepentido parlamentario que colabore en el esclarecimiento político de los hechos, a cambio que sus declaraciones no se consideren pruebas autoinculpatorias¹⁶⁴¹.

En una situación concreta se cuestionaban las expresiones y preguntas formuladas reiteradamente por los miembros de la comisión parlamentaria, requiriendo para que el investigado se acoja a la confesión sincera, e interrogándolo con frases “si mintió”, “si es cierto” y “si no es cierto”. El Tribunal respondió que ni la formulación de preguntas utilizando dichas palabras, ni una solicitud de confesión sincera, ni la reiteración de interrogantes, pueden ser razonable y objetivamente entendidos como factores que en sí mismo obliguen a nadie a confesarse culpable. Dicha conclusión no varía por el hecho de que la pregunta sea formulada por congresistas, menos aún si la persona interrogada se encontraba asistida por un abogado defensor de su libre elección¹⁶⁴².

¹⁶³⁹ TORRES MURO, Ignacio: *Las comisiones parlamentarias de investigación* op. cit., pp. 105-106.

¹⁶⁴⁰ GRECIET GARCÍA, Esteban: “Posición constitucional de las comisiones de investigación y protección de los derechos de los comparecientes”, en *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, N° 10, Año 2004, p. 120; y, TORRES MURO, Ignacio: *Las comisiones parlamentarias de investigación* op. cit., pp. 105-106. Para el autor, el compareciente no puede permanecer en silencio, vaciando de sentido su presencia, y si se acoge a algún derecho fundamental, como a no declarar sobre su ideología, religión o creencias, o a no declarar contra sí mismo confesándose culpable, deberá justificarlo cumplidamente.

¹⁶⁴¹ BUSTOS GISBERT, Rafael: “Corrupción de los gobernantes ...” op. cit., p. 158.

¹⁶⁴² Sentencia de TCP de 4 de noviembre de 2015, Exp. N° 04968-2014-PHC/TC, Luciano López Flores (por Alejandro Toledo), F.J. 45.

El derecho a intervenir e interrogar a los testigos en condiciones de igualdad en la actividad probatoria.-

El Tribunal excluye expresamente el derecho a intervenir e interrogar a los testigos, en condiciones de igualdad, en la actividad probatoria del ámbito de los procedimientos parlamentarios de las comisiones de investigación.

Frente al reclamo para que se permita a los abogados de los investigados intervenir interrogando a los testigos que prestan declaración ante una comisión, afirmó que no es un ámbito en el que opere el derecho a interrogar testigos como parte del derecho fundamental a la defensa, porque reconoció que, a diferencia de otros procedimientos en sede parlamentaria, el de las comisiones de investigación no es un procedimiento acusatorio ni sancionatorio, y sus conclusiones no siempre culminan en una recomendación de acusación, y, aunque si así fuere, no vinculan a ningún poder público¹⁶⁴³.

El derecho a la defensa y a la debida motivación en el levantamiento del secreto bancario.-

El derecho fundamental de toda persona a la intimidad, como manifestación del derecho a la vida privada sin interferencias ilegítimas, tiene su concreción de carácter económico en el secreto bancario y la reserva tributaria, pero el levantamiento del secreto bancario tiene una regulación incompleta en el artículo 88 del Reglamento del Congreso¹⁶⁴⁴.

El Tribunal Constitucional en la primera sentencia estableció dos reglas que pretendían completar dicha regulación: primera (i), las comisiones investigadoras están facultadas para solicitar el levantamiento del secreto bancario sólo de los investigados, siempre y cuando haya sido conformada previamente la comisión y se haya comunicado previamente al alto funcionario los hechos por los que va a ser investigado¹⁶⁴⁵; y, segunda (ii), la solicitud de la comisión debe ser motivada, expresando por qué es indispensable y

¹⁶⁴³ Idem, F.J. 67.

¹⁶⁴⁴ Sentencia de TCP de 8 de agosto de 2012, Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, César Tineo Cabrera, F.Js. 72-74.

¹⁶⁴⁵ Idem, F.J. 74 a.

pertinente el levantamiento del secreto bancario, en qué medida va a contribuir al esclarecimiento del caso y qué indicios o medios probatorios justifican el mismo¹⁶⁴⁶.

Al haberse reclamado que se aprobó el levantamiento del secreto bancario sin haberse comunicado previamente la condición de investigado ni los cargos respectivos de manera motivada, el Tribunal afirmó en la segunda sentencia que cuando una de las reglas establecidas en la primera exige que previamente se conforme la comisión investigadora y se comunique al funcionario los hechos materia de investigación, se incurre en un exceso que desvirtúa la finalidad del levantamiento de secreto bancario. Por ello, el Tribunal rectificó dicho criterio y precisó que el suceso que debe necesariamente verificarse antes de solicitarlo es la conformación de la comisión, más no la comunicación de los hechos¹⁶⁴⁷.

Ello por el sencillo motivo de que no es una condición previa que se verifique en el ámbito jurisdiccional, tal como se deriva del artículo 235, inciso 1, del nuevo Código Procesal Penal, porque el éxito del objetivo que subyace tras una solicitud de levantamiento del secreto bancario se encuentra en que la resolución se adopte sin conocimiento de que existe una investigación, sin perjuicio que después se conozca el sentido de la resolución para tener la posibilidad de controlar que ésta se encuentra motivada debidamente¹⁶⁴⁸.

En el caso resuelto, el Tribunal concluyó que el hecho de que se haya solicitado el levantamiento del secreto bancario del ex presidente, antes de que este sea comunicado formalmente de su condición de investigado, no resulta inconstitucional; asimismo, en relación a la supuesta falta de motivación de la solicitud, declaró que no ha sido acreditada por no haber sido incorporada por el demandante en el proceso¹⁶⁴⁹.

Además, frente a la restricción personal del levantamiento del secreto bancario a los sujetos investigados establecida por el Tribunal, conviene precisar que el concepto de “caso investigado” al que se refiere el artículo 2, numeral 5, de la Constitución, hace posible no

¹⁶⁴⁶ Idem, F.J. 74 b.

¹⁶⁴⁷ Sentencia de TCP de 4 de noviembre de 2015, Exp. N° 04968-2014-PHC/TC, Luciano López Flores (por Alejandro Toledo), F.Js. 89-90.

¹⁶⁴⁸ Idem, F.J. 90.

¹⁶⁴⁹ Idem, F.Js. 91-92.

sólo levantarlo a las personas naturales o jurídicas directamente involucradas, sino también de todos aquellos que tuvieran un vínculo directo con los hechos investigados¹⁶⁵⁰.

El artículo 2, numeral 5, no hace mención de los sujetos a los que se puede levantar el secreto bancario, debiendo interpretarse en el sentido que el levantamiento del secreto bancario de lo sujetos no se restringe al investigado, sino a todos ellos sujetos que tienen un vínculo con los hechos investigados¹⁶⁵¹. Ello se justifica en el hecho que las personas investigadas como consecuencia del ejercicio de un cargo público, irradian a su familia u otros individuos con los que tengan relación profesional y/o personal directa el interés público derivado del ejercicio del cargo, de modo que alguno de los derechos de estas personas que no eligieron la “escena pública”, pueden ser limitados por dicha vinculación, siempre que respondan a criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad¹⁶⁵².

El derecho a ser investigado dentro de un plazo razonable.-

El Tribunal apreció que según el artículo 88, literal a, del Reglamento del Congreso, el plazo de la investigación queda al arbitrio del Pleno del Congreso al momento de constituir la comisión investigadora, no tiene límite temporal o plazo fijo establecido en el Reglamento, y tampoco están precisados los límites temporales cuando su actuación es prorrogada por el Pleno¹⁶⁵³. Esta omisión afecta el derecho a ser investigado dentro de un plazo razonable, porque existe un vacío en la regulación del tiempo que debe durar la investigación, lo que puede traducirse en investigaciones indefinidas *sine die* que conllevan a la indefensión, a la zozobra y a la incertidumbre del investigado por hallarse inmerso en un procedimiento interminable¹⁶⁵⁴.

Por ello, exhortó al Congreso a modificar su Reglamento para establecer un plazo razonable, compatible con las disposiciones emanadas de los instrumentos internacionales de

¹⁶⁵⁰ Opinión Consultiva N° 002-2014-2015-CCR/CR de la Comisión de Constitución y Reglamento Período anual de sesiones 2014-2015, punto 4.3.4.7. Para la Comisión de Constitución, la interpretación que realiza el Tribunal es contraria a la Constitución por haber interpretado el artículo 2.5 desde un punto de vista subjetivo, y no objetivo acorde al hecho investigado (punto 5.10).

¹⁶⁵¹ Idem, punto 5.10.

¹⁶⁵² Idem, punto 4.3.4.7.

¹⁶⁵³ Sentencia de TCP de 8 de agosto de 2012, Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, César Tineo Cabrera, F.J. 68.

¹⁶⁵⁴ Idem, F.Js. 68-69.

protección de los derechos humanos. No obstante, el Tribunal deja constancia de la doctrina que tiene en materia de plazo razonable, en el sentido que los plazos no son absolutos, sino meramente referenciales, toda vez que cada proceso tiene sus particularidades¹⁶⁵⁵.

El principio del *non bis in idem*.-

Para el Tribunal, el principio del *non bis in idem* en sede parlamentaria prohíbe que un alto funcionario vuelva a ser sometido a una nueva o a sucesivas investigaciones por los mismos hechos que ya han sido objeto de investigación, antejuicio o juicio político¹⁶⁵⁶. Una nueva investigación, por los mismos hechos que ya han sido investigados y votados en las comisiones y/o en el Pleno del Congreso, están prohibidas, porque las finalidades de la investigación y acusación parlamentaria ya se han cumplido, y además su afectación colocaría a la libertad personal en grave riesgo y convertiría a las comisiones parlamentarias y a sus procedimientos en instrumentos de persecución política¹⁶⁵⁷.

No obstante ello, en todo caso, la apertura de nuevas investigaciones por hechos que ya han sido materia de investigación y procesamiento en sede parlamentaria, sólo está permitida al Ministerio Público o al Poder Judicial, siempre y cuando se hayan aportado nuevos elementos probatorios que permitan enervar el principio de la cosa decidida¹⁶⁵⁸.

¹⁶⁵⁵ Idem, F.J. 69.

¹⁶⁵⁶ Idem, F.J. 63

¹⁶⁵⁷ Idem, F.Js. 62-63.

¹⁶⁵⁸ Idem, F.J. 63.

CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES.-

Fundamentación cultural y los derechos de los parlamentarios.-

1.- Según la teoría institucional, los derechos fundamentales de los parlamentarios tienen un doble carácter constitucional, del que forman parte las facultades de *acceso* y de *permanencia* en el cargo público representativo, y de *desempeño efectivo* del *ius in officium*, como potestades subjetivas de actuación autónoma del parlamentario. Y los principios y bienes objetivos o materiales de la *participación ciudadana*, la *representación política* y el *respeto a la oposición parlamentaria*, constituyen los valores culturales y universales que fundamentan este tipo de derechos políticos en el Estado democrático-representativo.

Estos valores hacen que estos derechos vinculen a los poderes públicos: órganos electorales, mayorías parlamentarias, Gobierno y jueces, en todo tipo de decisiones y procedimientos referidos a ellos, así como que tengan eficacia frente a privados: partidos políticos, grupos y particulares. De esta manera, las *garantías procesales* con las que cuentan los titulares de estos derechos sustantivos, por su *status activus processualis*, se incorporan como una cuarta dimensión que forma parte de su contenido constitucional, para hacerlos efectivos en todo tipo de procedimiento estatal, y tengan *vías reaccionales* para la tutela de los mismos en caso de infracción, sirviendo para concretizar los principios y valores objetivos del Estado democrático-representativo.

2.- Primero, la participación política supone la facultad de todo ciudadano de intervenir en el proceso de adopción de las decisiones de la comunidad referentes a los asuntos públicos, abriendo la formación de la voluntad del Estado a los ciudadanos mediante la actuación de sus representantes libremente elegidos. Además, la participación directa de la ciudadanía en el procedimiento legislativo, a través de iniciativas legislativas populares y de audiencias para escuchar a los ciudadanos, contribuye a la toma de mejores decisiones de los representantes en el Parlamento que respondan a las necesidades sociales.

Segundo (ii), la representación política implica un instrumento de mediación que a través de la actuación de las personas concretas de los representantes garantiza la participación efectiva de los ciudadanos, no agotándose en el acto de votar sino que se proyecta durante el período del mandato para el que ha sido elegidos. En virtud de la relación

de representación, se autoriza o legitima a cada representante para actuar en lugar y en el *interés* de los representados construyendo y formando democráticamente la voluntad estatal. Los contactos postelectorales entre representantes elegidos y los electores, recurriendo a las nuevas tecnologías del *ius communicationis*, sirven para articular y rellenar el contenido de dicha relación en términos que la postura de cada representante sea más *sensible, receptiva* y *próxima* a los problemas de los ciudadanos.

Y, tercero (*iii*), a partir de las dos primeras, los parlamentarios y las minorías de oposición política, como representantes mediadores, deben contar con un conjunto de facultades propias del cargo público representativo para controlar como *antipoder* o *contrapoder* al Gobierno y las mayorías parlamentarias, y hacer concreta la intervención del pueblo en la formación democrática de la voluntad estatal, sin que éstas puedan ser obstaculizadas ni suprimidas por los abusos que pudieran cometer los órganos parlamentarios, las mayorías y los grupos políticos de los que forman parte.

El derecho fundamental de acceso.-

3.- El doble carácter dimensional del acceso a los cargos públicos representativos interpreta que, por un lado, el sufragio es un derecho subjetivo individual y universal que coadyuva al desarrollo de la dignidad y libertad del ser humano, al permitirle participar como candidato en los procedimientos de elección popular, en condiciones de igualdad, y entrar al cargo como *ius ad officium*; y por otro, cumple una función objetiva legitimadora para que la comunidad actúe democráticamente, garantizando la participación ciudadana en los asuntos públicos a través de los representantes elegidos, incluyendo a las minorías, para articular la representación del conjunto de los ciudadanos.

4.- La importancia que tienen los derechos de participación política para la vigencia del Estado democrático-representativo en Europa y América provoca que la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales muestre más contenidos comunes que singulares en relación a la protección del derecho a ser elegido y al acceso al cargo.

Los Estados europeos tienen un amplio margen de apreciación nacional para definir los sistemas electorales y las condiciones de inelegibilidad, y los Estados americanos pueden escoger el sistema electoral y reglamentar el ejercicio de los derechos políticos. El margen

de apreciación nacional que concede el Tribunal Europeo de Derechos Humanos suele reconocer una libertad mayor y un escrutinio laxo o débil a favor de los Estados europeos, que la que los Estados americanos tienen según la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En todo caso, el margen que tenga un Estado no autoriza a establecer requisitos que afecten la esencia o hagan ineficaces los derechos de los candidatos al presentarse en una elección, deben perseguir una finalidad legítima y adoptar medios que guarden la proporción debida, y no ser contrarios a la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección. Y la facultad para reglamentarlos debe respetar el principio de proporcionalidad para que las medidas legislativas aprobadas por un Estado persigan fines lícitos, satisfagan una necesidad social imperiosa y restrinjan en menor grado los derechos. Los derechos políticos y el principio de proporcionalidad actúan como límites a las potestades normativas de los Estados.

Una vez aprobadas, la interpretación de los tribunales nacionales e internacionales es más favorable al goce y ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, frente a las normas nacionales restrictivas que impongan causales que excluyan la participación en los procedimientos electorales, para permitir que estos derechos sean efectivos.

Para la Corte Interamericana, los Estados no pueden imponer sanciones de inhabilitación que sean contrarias a los requisitos previstos por la Convención Americana, y que no respeten el principio de proporcionalidad, tampoco estos requisitos pueden ser tan excesivos que impidan la participación política de las comunidades indígenas, y deben contemplarse garantías procesales y otorgarse recursos judiciales para su tutela en caso que se vulneren.

El Tribunal Constitucional del Perú ha establecido que los órganos electorales y parlamentarios deben respetar las garantías procesales como la presunción de inocencia y la preclusión de las etapas de proclamación de los candidatos y elegidos, antes de emitir una decisión que excluya una candidatura o imponga una inhabilitación política, y hay lugar al control jurisdiccional de las resoluciones que puedan afectarlas. Las decisiones de estos órganos deben respetar el debido proceso parlamentario y el debido proceso electoral.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce a los Estados un amplio margen de apreciación nacional para adoptar sistemas y barreras electorales y condiciones de

inelegibilidad e incompatibilidad a los titulares de funciones públicas, en función de factores históricos y políticos propios; sin embargo, establece a través de un control intenso que los Estados al determinar dichas condiciones respeten y garanticen el derecho a presentarse como candidato en una elección, inherente a una sociedad democrática, los procedimientos estatales deben estar a cargo de órganos imparciales y contemplar garantías, y las decisiones deben ser justas y objetivas para no convertir los derechos políticos en ilusorios.

El Tribunal Constitucional Español ha adoptado una interpretación más favorable al goce y ejercicio de los derechos políticos, frente a la posibilidad de aplicar lecturas arbitrarias y extensivas de las causas de inelegibilidad a supuestos no previstos legalmente, y permite la subsanación de los defectos e irregularidades en la presentación de las candidaturas. Además, verifica si en las candidaturas aparecen un conjunto de factores que permitan inferir razonablemente que son sucesoras de partidos políticos ilegalizados para excluirlas.

El derecho fundamental de permanencia.-

5.- El derecho del representante a la permanencia en el cargo durante el período del mandato parlamentario confiado por la voluntad popular además de ser un derecho subjetivo garantizado al titular en el ejercicio del cargo frente a la suspensión y privación arbitraria del mismo, tiene por función objetiva hacer efectivos principios vitales para el funcionamiento del Estado democrático, como la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, la construcción de la relación de representación política y la función de la oposición política frente al Gobierno y la mayoría parlamentaria.

El mandato parlamentario confiado por la voluntad popular implica una relación de representación cuyo ciclo finaliza con la renovación del Parlamento en nuevas elecciones, caracterizado por ser *resistente* frente a los ataques y estar *reforzado* mediante una acción procesal frente a toda suspensión de su ejercicio y la privación anticipada, que sea injustificada por estar fuera de las previsiones legales. Las causas de suspensión y extinción deben estar taxativamente fijadas por la ley y los procedimientos previstos, por lo que las lecturas arbitrarias y extensivas no son posibles y quedan sin efecto por el carácter resistente y reforzado del mandato.

6.- La jurisprudencia española y europea ha protegido el derecho fundamental de permanencia de los parlamentarios para permitir la participación ciudadana a través de los representantes libremente elegidos por los ciudadanos, frente a las decisiones estatales que extinguen los mandatos parlamentarios, en especial para garantizar la independencia de los parlamentarios en relación a los partidos políticos que presentaron sus candidaturas electorales, como reconoce la Comisión de Venecia. Así, el cese de los parlamentarios no puede disponerse como una medida automática y accesorio a la disolución de los partidos políticos a los que pertenecieron y presentaron sus candidaturas; para el Tribunal Europeo, sólo puede disponerse la extinción en el supuesto que por declaraciones y actividades a título personal hayan contribuido al motivo que determine la disolución.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España ha interpretado que la fórmula constitucional que reconoce el derecho fundamental de acceso a los cargos y funciones públicas no se limita exclusivamente al momento de acceder a los mismos, sino que también comprende los momentos posteriores de permanencia y mantenimiento, mientras no se extinga por la voluntad popular de los electores.

Ello porque en el caso contrario quedaría el derecho vaciado de contenido real y efectivo si es que los representantes son removidos de sus cargos sin respetarse las causales y los procedimientos legalmente previstos. De esta manera, proyecta el derecho de acceso al cargo público más allá de la elección durante el período del mandato parlamentario, lo que ha sido recogido en parte por el Tribunal del Perú en relación a tal proyección para evitar que se declare vacante el cargo injustificadamente, pero sin haber formulado una idea de la representación política.

El Tribunal Español ha establecido que el cese de concejales del cargo para el que fueron elegidos por haber sido expulsados del partido político al que pertenecieron y en cuyas listas fueron elegidos, viola el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de los representantes libremente elegidos por ellos.

Esto se justifica porque en la medida que el derecho de permanencia de éstos y a mantenerse en sus cargos proviene de la voluntad del conjunto de los electores y no de la decisión de un partido político, porque la representación política como relación entre el

pueblo y los representantes que se deriva de la elección de los ciudadanos que recae sobre las personas y no por la presentación de candidaturas de los partidos, y por tanto los representantes son del pueblo y no del partido que los presentó en sus listas. No existe una relación representativa entre el representante y el partido por la cual el segundo pueda dar instrucciones y revocar a los primeros.

La Corte Interamericana no ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación a este derecho a favor de representantes elegidos popularmente, pero sí lo ha hecho para proteger a los magistrados de los Tribunales Constitucionales y del Poder Judicial destituidos por los Estados con violación de sus derechos políticos, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional Peruano para tutelar los derechos de los magistrados de la Corte Suprema destituidos por el régimen del ex Presidente Alberto Fujimori.

Luego de haberlo descartado en un inicio, la Corte Interamericana estableció que el respeto y garantía del derecho a acceder a un cargo público no sólo protege el mero acceso sino que garantiza también la permanencia y el desempeño del cargo, pues obliga que los criterios y procedimientos para la destitución y suspensión no sean arbitrarios ni discriminatorios, sino que sean razonables y objetivos, como lo ha interpretado el Comité de Derechos Humanos.

Hay particularidades en relación a la facultad del parlamentario de renunciar al cargo representativo, porque en España se puede renunciar pero está prohibida constitucionalmente en el Perú. La jurisprudencia española ha tutelado los derechos de los parlamentarios para poder revocar el acto de renuncia antes de ser conocida por el Pleno de la cámara, cuando los partidos políticos presentaron sus dimisiones en blanco, y el Poder Judicial del Perú en un caso ha permitido la renuncia de un congresista a pesar del carácter irrenunciable del cargo, en el supuesto que exprese una causa que justifique la renuncia ante el Congreso, sin necesidad de someterla al Pleno.

El derecho fundamental al desempeño.-

7.- Una vez garantizados el acceso y la permanencia en el cargo, éstos se completan con el derecho del titular al desempeño efectivo del mismo, formándose una triple dimensión en el contenido de los derechos relacionados con el cargo, que otorga un conjunto mínimo

de facultades de actuación a favor de la persona del representante: *ius in officium*, a través de procedimientos adecuados para ejercerlos: *ius ut procedatur*.

El derecho al desempeño de las facultades inherentes al cargo no sólo es un mero derecho individual y subjetivo ni tampoco implica facultades individuales y subjetivas, garantizadas al titular del cargo, sino que tiene por función institucional hacer efectivos principios objetivos vitales para el funcionamiento del Estado democrático, como lo son la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, la construcción de la relación de representación política y la función de la oposición política frente al Gobierno y la mayoría.

De ello surge el estatus constitucional del cargo público representativo que implica la posición que tiene el titular del cargo y el conjunto de potestades y facultades inherentes al mismo, que le permiten, *uti singuli o uti socii*, ejercer efectivamente el cargo a través de acciones y procedimientos relacionados con las funciones nucleares de *representación*, *legislación* y *control político* que tiene el Parlamento. Frente a la infracción de estas potestades y facultades, el parlamentario cuenta con la posibilidad de ejercer acciones procesales destinados a hacerlos valer.

8.- Si bien los tribunales internacionales no han desarrollado el derecho fundamental al desempeño de las facultades propias de los cargos y funciones públicas como parte de los derechos políticos, hay algunas sentencias en las que hay un reconocimiento al ejercicio del cargo a propósito de la facultad de formular una pregunta al Ejecutivo y la libertad de expresión de los parlamentarios de oposición frente a sanciones disciplinarias en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, y de un parlamentario y representantes políticos asesinados así como de magistrados destituidos en la de la Corte Interamericana.

De la jurisprudencia del Tribunal Europeo se interpreta una protección genérica al desempeño como miembro del Parlamento, ligada a la tutela del derecho a la permanencia frente a ceses injustificados del cargo de parlamentario. Si esta interpretación se conecta con los casos vinculados a facultades parlamentarias y sanciones disciplinarias antes dichos, se puede proyectar ciertos lineamientos germinales de una jurisprudencia más protectora hacia el ejercicio del cargo, más que el mero acceso y permanencia, como también en la jurisprudencia interamericana.

En el caso español, el desarrollo jurisprudencial de este derecho fundamental realizado por el Tribunal Constitucional ha construido casuísticamente un conjunto profuso de facultades específicas inherentes al cargo público representativo: *ius in officium*, relacionadas a las funciones nucleares del Parlamento: *representativa*, *legislativa* y de *control*, para que no pierda eficacia dicho derecho frente a los abusos de los órganos parlamentarios, que por su especial singularidad y frondosidad no tiene comparación mundial en los sistemas nacionales e internacionales.

En relación al ejercicio pleno, la jurisprudencia peruana si lo reconoce como parte del contenido constitucional del derecho a la función pública a favor de servidores y funcionarios públicos, no provenientes de elección popular, recurriendo al carácter de mandatos de optimización que tienen para contribuir al mayor grado de realización del bien protegido, pero sin profundizar en facultades específicas como en España para los parlamentarios.

Para el Tribunal Constitucional Español, las facultades relacionadas con la función representativa son: (i) al voto, (ii) a formar parte de la Mesa de la cámara, (iii) a formar parte de una comisión parlamentaria, (iv) a formar parte de un grupo parlamentario, (v) a solicitar la convocatoria del Pleno, y (vi) a recibir subvenciones a favor de los grupos parlamentario; con la función legislativa: (vii) a la admisión de proposiciones de ley, y (viii) a presentar enmiendas legislativas; y con la función de control político: (ix) a solicitar información, (x) a solicitar la creación de una comisión investigadora, (xi) a solicitar comparecencias en comisión, (xii) a formular interpelaciones, (xiii) a preguntas, y (xiv) a mociones y proposiciones no de ley; además, las facultades (xv) a la palabra y (xvi) al debate están presentes en las anteriores.

No obstante el escaso desarrollo jurisprudencial que no ha configurado el derecho ni las facultades que comprende, la Constitución Política del Perú reconoce el derecho a ser elegido congresista, y sus potestades más relevantes se encuentran previstas por el mismo texto constitucional y conformadas por el Reglamento del Congreso, siendo tutelables a través del proceso de amparo procedente para la defensa de los derechos constitucionales violados o amenazados, con la posibilidad de recurrir en última instancia vía Recurso de Agravio Constitucional al Tribunal Constitucional, por tener especial trascendencia constitucional dadas las consecuencias políticas generales que producen.

El derecho fundamental al debido proceso.-

9.- El concepto *material* de tribunal y del proceso que lleva a cabo para adoptar decisiones obligatorias, ha sido explicado por el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para ir más allá de los recursos y procesos formalmente judiciales en sentido estricto a cargo de juzgados y tribunales integrados al Poder Judicial, y abarcar además las funciones materialmente jurisdiccionales de los demás poderes y órganos del Estado.

Para el Tribunal Europeo, en el concepto de tribunal en sentido material y funcional lo importante es el ejercicio de una función judicial resolviendo, sobre la base de normas de derechos y a través de un procedimiento organizado, toda cuestión relevante de su competencia mediante una decisión jurídicamente vinculante, apareciendo como rasgo relevante para configurar este concepto el poder de decisión que tiene la autoridad. Este concepto es aplicable a los órganos administrativos y parlamentarios cuando asuman funciones materialmente jurisdiccionales y ejerzan poderes disciplinarios o sancionatorios, determinando derechos personales de ciudadanos y parlamentarios de oposición, por lo que la facultad para hacer dictámenes o recomendaciones no se estime bastante para atribuir tales características.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana explica que cuando la Convención se refiere al derecho a ser oído por un tribunal competente comprende a cualquier autoridad pública: administrativa, legislativa, judicial o electoral, que a través de sus decisiones puede afectar derechos, como cuando el Parlamento emita sanciones en un juicio político y el Estado imponga sanciones administrativas, y en los procedimientos llevados a cabo por los órganos electorales.

10.- Al respecto, el debido proceso legal: *due process of law*, con sus derechos y garantías procesales, son aplicables a las funciones materialmente jurisdiccionales que pudiera tener un Parlamento como límite y garantía frente al ejercicio abusivo del *ius puniendi*, en especial a favor de los parlamentarios para asegurar sus derechos de permanencia y desempeño del cargo y el respeto a la oposición política. No es extensible a la función parlamentaria de control político por no tener el parámetro de normas jurídicas,

objetivas y preexistentes, y la valoración política que hace se basa en razones de oportunidad y conveniencia, no habiendo responsabilidades ni sanciones jurídicas o legales.

Dada la naturaleza y contenidos eminentemente políticos y la ausencia de responsabilidades penales y de tipo jurídico en general que no se hacen efectivas en modo alguno, los derechos y garantías del debido proceso a favor de las personas comparecientes, funcionarios o ex funcionarios del Estado, no son aplicables ni extensibles al voto de censura, cuestión de confianza y comisiones investigadoras, ni por tanto hay lugar al control jurisdiccional.

A diferencia de éstos, aplicando la teoría de las *escalas* de *control* del Tribunal Europeo, si corresponde reconocer ciertas garantías a favor de los funcionarios o parlamentarios sujetos a los procedimientos, matizándose su intensidad dependiendo de si sólo se les despoja de las garantías del antejuicio político y la inmunidad parlamentaria, que forman parte del estatuto que tienen, para quedar sometidos a un proceso penal *ex post* ante el Poder Judicial, aplicándose un control con un escrutinio laxo o débil en estos casos.

Pero, se agrava a un control estricto o intenso en los supuestos en los que el Congreso tenga la facultad de adoptar sanciones de destitución, inhabilitación y suspensión de los procesados, parte del *ius puniendi* estatal, como en el caso del juicio político y el procedimiento ético-disciplinario respectivamente. Ello porque en éstos adquiere funciones materialmente jurisdiccionales, apareciendo las garantías del debido proceso en su máxima expresión para frenar el ejercicio abusivo de las potestades sancionatorias del Estado, operando como límites para tutelar sus derechos e intereses fundamentales, en particular para proteger los derechos de permanencia y de desempeño del cargo de los parlamentarios pertenecientes a las minorías opositoras.

11.- La jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales reconoce que los parlamentarios y toda persona tienen derecho a que se les otorguen garantías procesales en todo tipo de procedimientos de determinación de sus derechos, en especial frente al ejercicio abusivo de las potestades sancionatorias y disciplinarias que tienen los órganos estatales.

El Tribunal Europeo ha protegido frente a las sanciones de multa impuestas por el Parlamento por afectar a la libertad de expresión de los parlamentarios de oposición cuando no se les ha proporcionado garantías procesales antes de emitirse, y también a un periodista por la violación de las garantías procesales reconocidas por el artículo 6 del Convenio Europeo. El Tribunal Constitucional Español y el Poder Judicial del Perú tutelan los derechos de los parlamentarios cuando el Parlamento ejerce dichas potestades disciplinarias incurriendo en vulneraciones al principio de legalidad y las garantías del proceso sancionatorio.

La Corte Interamericana tutela este tipo de garantías consagradas por el artículo 8 de la Convención Americana en perjuicio de magistrados de los Tribunales Constitucionales y del Poder Judicial, que fueron destituidos ilegítimamente por los Estados. La Corte examina de modo conjunto la violación de los derechos políticos y las garantías procesales cometidas por los Estados en perjuicio de las víctimas.

Como lo hace la jurisprudencia interamericana, la tutela jurisdiccional de los tribunales nacionales e internacionales debe examinar de modo conjunto y equilibrado los derechos sustantivos de acceso, permanencia y desempeño de los parlamentarios, con las garantías procesales más adecuadas en los procedimientos referidos a dichos derechos, para evitar que el ejercicio abusivo del poder por parte de los órganos estatales pudiera transgredir dichos derechos, afectando los principios culturales del Estado democrático-representativo: la participación ciudadana, la representación política y el respeto de la oposición parlamentaria.

Los Tribunales Constitucionales Español y Peruano adoptan una protección parcial que incide con énfasis en cada uno de estos derechos, el primero en los derechos sustantivos, y el segundo en los procesales, respectivamente. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han practicado un control integral y conjunto de los derechos sustantivos y procesales.

El Tribunal Europeo adopta un enfoque de examinar la libertad de expresión de los parlamentarios de oposición incorporando las garantías procesales que exige el respeto de dicho derecho, y la Corte Interamericana establece que los criterios y procedimientos para el

nombramiento, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos para que se respete y garantice el derecho de acceso al cargo público que abarca la permanencia.

Después, más recientemente, la Corte Interamericana ha recurrido sistemáticamente al examen de ambos derechos, haciéndolo por separado, por un lado, de los derechos políticos, y, por otro, de las garantías procesales para determinar si han sido violados cada uno con cierta autonomía, en perjuicio de las víctimas, para luego unirlos como conjunto, porque el cese y separación del cargo al implicar una determinación de sus derechos políticos debe seguir un procedimiento estatal que respete las garantías judiciales reconocidas por la Convención Americana.

La jurisprudencia peruana ha desarrollado con singular énfasis las garantías del debido proceso para proteger indirectamente los derechos de los altos funcionarios del Estado y de los parlamentarios, no sólo en relación a las potestades sancionatorias y disciplinarias que tiene el Parlamento en los procedimientos de juicio político y de ética-parlamentaria, sino también en los procedimientos llevados a cabo por los órganos electorales como también lo reconoce la Corte Interamericana, y en los procedimientos parlamentarios de antejuicio político, extendiéndolas además en el ámbito de las comisiones parlamentarias de investigación.

De esta manera, la incorporación del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial del Perú de las garantías judiciales en los ámbitos parlamentario y electoral ha establecido lo que se ha llamado como el debido proceso parlamentario y el debido proceso electoral para evitar el ejercicio abusivo del poder por parte de los órganos estatales competentes respectivamente.

La incorporación de las garantías procesales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, conforme a los estándares jurisprudenciales de la Corte Interamericana, con carácter reforzado en el ámbito del trabajo de las comisiones parlamentarias de investigación, adoptado por la jurisprudencia peruana, no tiene comparación en otros sistemas nacionales e internacionales. Aparece lo que puede calificarse como el debido proceso investigador-parlamentario que incorpora una serie de derechos y garantías judiciales propios de los procesos penales a dicho ámbito.

Si bien pudiera confundirse la actividad de las comisiones parlamentarias de investigación como de carácter jurisdiccional, la teoría jurisdiccional debe descartarse porque implicaría permitir una superposición y colisión de funciones al investigarse los mismos hechos, incompatible con las actividades del Parlamento y el Poder Judicial acorde al Estado de Derecho y el principio de división de poderes.

Ello porque hay una diferencia notoria entre las funciones y fines que tienen los jueces y las comisiones pues mientras las segundas investigan la actuación del Gobierno para aportar claridad y datos de juicio a la cámara para establecer responsabilidades políticas, los tribunales procesan y juzgan las posibles responsabilidades legales o jurídicas de dicha actuación para disponer sanciones que privan o limitan los derechos de los responsables por la comisión de delitos respecto de los hechos investigados, que pueden coincidir o no con el objeto del proceso penal.

De esta manera, el carácter jurisdiccional o pre-judicial de las comisiones queda desvirtuado porque el carácter político de las comisiones excluye cualquier intromisión en el ejercicio de la función jurisdiccional, encomendada con exclusividad a los jueces por el artículo 139, numeral 1, de la Constitución Política del Perú, por lo cual el ejercicio de las facultades investigatorias no interfieren en los procesos jurisdiccionales ni surten efectos jurisdiccionales, y sus conclusiones no obligan a los órganos judiciales conforme a los artículos 97, *in fine*, y 139, *in fine*.

Las funciones de las comisiones se agotan y tienen como límite la detección de responsabilidades políticas en relación con los hechos investigados, y las demás responsabilidades jurídicas que pudieran versar sobre los mismos hechos se investigan por los tribunales en el ámbito judicial, abriéndose tan sólo una vía de comunicación por la que las investigaciones parlamentarias cuando hubieren indicios de criminalidad se ponen en conocimiento del Ministerio Público para que se investiguen en la vía judicial penal.

El informe y conclusiones de las comisiones que pudieran incluir eventuales denuncias ante juzgados o tribunales del Poder Judicial o ante otras comisiones parlamentarias y el Pleno, no cumplen con la condición de ser una decisión vinculante que pueda afectar derechos de las personas comparecientes, para ser calificado funcional o

materialmente como un tribunal o autoridad según la jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, la aplicación reforzada de las garantías del debido proceso al trabajo parlamentario de las comisiones investigadoras, importaría una limitación seria que atenta contra el desempeño y ejercicio efectivo de las facultades del cargo de congresista: *ius in officium*, relacionadas al control político en casos graves de corrupción gubernamental. En todo caso, debe sustituirse por un tipo laxo de escrutinio y utilizarse el principio de proporcionalidad para evitar el vaciamiento de su contenido y la pérdida de su eficacia.

Ello debe hacerse para ponderar si dichas garantías limitativas son idóneas, necesarias y proporcionadas en sentido estricto, en relación con las facultades y potestades de los congresistas y la función parlamentaria del control político que tienen las minorías opositoras, como el derecho a solicitar la creación de una comisión y a llevar a cabo investigaciones parlamentarias en asuntos de interés público, a solicitar la comparecencia de sujetos ante la comisión, a plantearles preguntas interrogando a los comparecientes y a presentar los informes que contengan las conclusiones y recomendaciones ante el Pleno del Congreso.

Bibliografía

A

ABAD YUPANQUI, Samuel B.: *El proceso constitucional de amparo Su aporte a la tutela de los derechos fundamentales*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004.

ABELLÁN, Ángel Manuel: *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1992.

AGUIAR DE LUQUE, Luis y GONZÁLES AYALA, Ma. Dolores: “Artículo 23.1 El derecho a participar en los asuntos públicos”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, T. II.

AGUIAR DE LUQUE, Luis: “Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español”, en TRUJILLO, Gumersindo, LÓPEZ GUERRA, Luis y GONZÁLES-TREVIJANO, Pedro (Dirs.): *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

ALÁEZ CORRAL, Benito: *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quién pertenece la Constitución?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional, 2006.

ALÁEZ CORRAL, Benito: “Exclusión del sufragio municipal emigrante y garantía democrática de expectativas legítimas”, en MATÍIA PORTILLA, Francisco Javier (Dir.): *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

ALEXYY, Robert: “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en ALEXYY, Robert: *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

ALEXYY, Robert: “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *Revista Iberoamérica de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11, Enero-Junio 2009.

ALEXYY, Robert: “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 91, Enero-Abril 2011.

ALEXYY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

ALONSO GARCÍA, Enrique: “El Tribunal Burger y la doctrina de las “political questions” en los Estados Unidos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 1, Enero-Abril 1981.

ALONSO MAS, María José: *La fiscalización jurisdiccional de la actividad sin valor de ley de los parlamentos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

ÁLVAREZ OSORIO FERNÁNDEZ, Carlos: “Las comisiones de investigación ¿Actos de control o instrumentos de información parlamentaria?”, en *Problemas actuales del control parlamentario Enero 1995 VI Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio: *Democracia equilibrada versus democracia representativa*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2012.

ÁLVAREZ SABALEGUI, David y RODRÍGUEZ ANDRÉS, Roberto: “Parlamentarios 2.0: presencia y actividad de diputados y senadores españoles en las redes sociales”, en RUBIO NÚÑEZ, Rafael (Coord.): *Parlamentos abiertos. Tecnología y redes para la democracia*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2014.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique y ARNALDO ALCUBILLA, Enrique: “Autonomía parlamentaria y jurisprudencia constitucional”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997.

ALZAGA VILLAAMIL, Oscar: *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ediciones del Foro, 1978.

ARAGÓN REYES, Manuel: “El control parlamentario como control político”, en *Revista de Derecho Político*, N° 23, 1986.

ARAGÓN REYES, Manuel: “La interpretación constitucional y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 17, Mayo-Agosto de 1986.

ARAGÓN REYES, Manuel: “Sistema parlamentario, sistema presidencialista y dinámica entre los poderes del Estado. Análisis comparado”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y control del Gobierno V Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1998.

ARAGÓN REYES, Manuel: “Derecho Electoral: sufragio activo y pasivo”, en NOHLEN, Dieter, PICADO, Sonia y ZOVATTO, Daniel (Comps.): *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

ARAGÓN REYES, Manuel: “Democracia y representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio”, en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, N° 9, Año 2000.

ARAGÓN REYES, Manuel: “La democracia constitucional”, en TRUJILLO, Gumersindo, LÓPEZ GUERRA, Luis y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro (Dirs.): *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

ARAGÓN REYES, Manuel: “Gobierno y forma de gobierno: Problemas actuales”, en Aragón REYES, Manuel y GÓMEZ MONTORO, Ángel J. (Coords.): *El Gobierno Problemas constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

ARAGÓN REYES, Manuel: “Planteamiento general: partidos políticos y democracia directa”, en BIGLINO CAMPOS, Paloma (Coord.): *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

ARANDA ÁLVAREZ, Elviro: *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

ARANDA ÁLVAREZ, Elviro: “La nueva ley de la iniciativa legislativa popular”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 78, Septiembre-Diciembre 2006.

ARANDA ÁLVAREZ, Elviro: “Transformaciones en los instrumentos de control parlamentario”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 19, 2007.

ARANDA, Elviro, GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo: *Informe sobre la eliminación de las retribuciones fijas y regulares de los diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha*, Texto Inédito, Octubre de 2012.

ARANDA ÁLVAREZ, Elviro: “La reducción de parlamentarios y la modificación del régimen retributivo de los miembros de las Asambleas de las Comunidades Autónomas”, en *Revista de Derecho Político*, N° 92, Enero-Abril 2015.

ARANGÜENA FANEGO, Coral: “Exigencias en relación con el derecho de defensa: el derecho a la autodefensa, a la defensa técnica y a la asistencia jurídica gratuita [art. 6.3.c) CEDH]”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (Coords.): *La Europa de los derechos El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

ARCE JANARIZ, Alberto: “El derecho de enmienda visto por el Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 41, Mayo-Agosto 1994.

ARCE JANARIZ, Alberto: “El trámite de admisión de los procedimientos parlamentarios en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 46, Enero-Abril 1996.

ARCE JANARIZ, Alberto: “¿Overruling en la jurisprudencia constitucional sobre el trámite parlamentario de admisión?”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997.

ARCOS RAMÍREZ, Federico: “El sufragio universal”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, DE ASÍS ROIG, Rafael y ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (Dirs.): *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2009, Tomo III: Siglo XIX, Volumen II, Libro I.

ARCOS RAMÍREZ, Federico: “Los derechos de participación política”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, DE ASÍS ROIG, Rafael, ANSUÁTEGUI ROIG, Fco. Javier y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (Dirs.): *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2013, Tomo IV: Siglo XX, Volumen VI, Libro II.

ARENDT, Hanna: *La condición humana*, Buenos Aires-Barcelona-México, Paidós, 1998.

ARISTÓTELES: *Política*, Madrid, Alianza Editorial, 2015.

ARISTÓTELES: *La Constitución de Atenas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: “Sobre el derecho a la documentación de los parlamentarios en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 68, Mayo-Agosto 2003.

ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: *Representación política y derecho fundamental*, Madrid, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

ARRUEGO, Gonzalo: “Sobre la constitucionalidad del “diputado no adscrito””, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 99, Septiembre-Diciembre 2013.

ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier: *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

B

BALAGUER, María Luisa: *Mujer y Constitución La construcción jurídica del género*, Madrid, Cátedra-Universitat de València, 2005.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel: *Derecho fundamental al debido proceso y el Tribunal Constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 1992.

BAÑO LEÓN, José María: “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 24, Septiembre-Diciembre 1988.

BAR, Antonio: *El Presidente del Gobierno en España: encuadre constitucional y práctica política*, Madrid, Civitas, 1983.

BAR CENDÓN, Antonio: “Los Parlamentos autonómicos ante el Tribunal Constitucional”, en Pau I Vall, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997.

BAR CENDÓN, Antonio: “El Gobierno en la Constitución y en la Ley del Gobierno de 1997: ¿Colegiabilidad o presidencialismo?”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 14, 2004.

BÁSTIDA FREIJEDO, Francisco J.: “Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos (Comentario sobre la idea de representación política en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 21, Septiembre-Diciembre 1987.

BENÉITEZ ROMERO, María Benita: *La ciudadanía en la teoría política contemporánea: modelos propuestos y su debate*, Madrid, Tesis doctoral UCM, 2004.

BERLIN, Isaiah: *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Madrid, Alianza Editorial, 2010.

BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales por el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique: “Informe jurídico constitucional del Dr. Enrique Bernal Ballesteros sobre el debido proceso en sede parlamentaria; aplicación en casos”, en *¿Investigar o inhabilitar? La violación del debido proceso en la investigación a Alan García*, Lima, 2013.

BIGLINO CAMPOS, Paloma: “La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 19, Enero-Abril 1987.

BIGLINO CAMPOS, Paloma: “Las facultades de los parlamentarios ¿son derechos fundamentales?”, en *Revista de Cortes Generales*, N° 30, Tercer Cuatrimestre de 1993.

BILBAO UBILLOS, Juan María: “Guión para el debate sobre la disolución de los grupos parlamentarios vinculados a partidos que han sido ilegalizados judicialmente”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 68, Mayo-Agosto 2003.

BLACKSTONE, William: *Commentaries on the laws of England*, London, University of Chicago, 2002, T.I.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: *Derecho Electoral Peruano*, Lima, Palestra, 2016.

BLANCO VALDÉS, Roberto L.: *Los partidos políticos*, Madrid, Tecnos, 1990.

BLANCO VALDÉS, Roberto L.: “Ley de bronce, partidos de hojalata (Crisis de los partidos y legitimidad democrática en la frontera del fin del siglo)”, en PORRAS NADALES, Antonio (Ed.): *El debate sobre la crisis de la representación política*, Madrid, Tecnos, 1996.

BLASCO JÁUREGUI, Jerónimo: “Adquisición, suspensión y pérdida de la condición de parlamentario”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997.

BOBBIO, Norberto: *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, en BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: “Los métodos de la interpretación constitucional – Inventario y crítica”, en BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: “Democracia y representación. Crítica a la discusión actual sobre la democracia”, en BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence: “El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la creación de una cultura común en materia de derechos fundamentales en América Latina”, en *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*, Valencia, Amela, 2009.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence y ÚBEDA DE TORRES, Amaya: *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Estudio y jurisprudencia*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence y MONTOYA CÉSPEDES, Nicolás: “El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos”, en LÓPEZ GUERRA, Luis y SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Dirs.): *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Lima, Palestra, 2015.

BURKE, Edmund: “Discurso a los electores de bristol con ocasión de que los magistrados le declararán formalmente miembro electo del Parlamento por esa ciudad, el jueves 3 de noviembre de 1774”, en BURKE, Edmund: *Revolución y descontento Selección de escritos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

BUSTOS GISBERT, Rafael: *La responsabilidad política del gobierno: ¿realidad o ficción? La necesaria reformulación de un principio esencial del sistema parlamentario*, Madrid, Colex, 2001.

BUSTOS GISBERT, Rafael: *La Constitución red: Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Bilbao, Oñati, 2005.

BUSTOS GISBERT, Rafael: “La función jurisdiccional en escenarios de pluralismo constitucionales”, en *Integración europea y Poder Judicial Ponencias presentadas a las jornadas celebradas en Bilbao los días 23, 24 y 25 de febrero de 2005*, Bilbao, Oñati, 2006.

BUSTOS GISBERT, Rafael: “Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 19, Año 2007.

C

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: *El mandato parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1991.

CAAMAÑO, Francisco: “Mandato parlamentario y derechos fundamentales (Notas para una teoría de la representación “constitucionalmente adecuada””, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 35, Septiembre-Diciembre 1992.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: *El derecho de sufragio pasivo Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1999*, Navarra, Aranzadi, 2000.

CAJALEÓN CASTILLA, Eddie: “Debido proceso legal y Parlamento”, en *RAE Jurisprudencia Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, N° 82 Especial Derecho al debido proceso en sede parlamentaria, Abril de 2015.

CALDAS, Roberto F.: “impacto en el continente americano de la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y WENCES, Isabel (Coords.): *La América de los derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

CANO BUESO, Juan y MORALES ARROYO, José María: *El Parlamento de Andalucía Estructura y organización*, Madrid, Tecnos, 1987.

CANO BUESO, Juan: *El “derecho de acceso a la documentación” de los diputados en el ordenamiento parlamentario español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996.

CANO BUESO, Juan: “Las funciones de los diputados”, en Pau I Vall, Francesc (Coord.): *Parlamento y diputado XVII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*; Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2011.

CANOSA USERA, Raúl: *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

CANOSA USERA, Raúl: *El control de convencionalidad*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2015.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

CARRÉ DE MALBERG, R.: *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.

CEDEÑO HERNÁN, Marina: “Barbará, Messegué y Jabardo (STED de 13 de junio de 1994): las garantías del proceso equitativo en el ámbito penal”, en ALCÁCER GUIRAO, Rafael, BELADIEZ ROJO, Margarita y SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel (Coords.): *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2013.

CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo L.: “La representación como posibilidad en el Estado de partidos (Mandato libre vs. mandato de partido)”, en *Revista de Derecho Político*, N° 27-28. Año 1988.

CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo L.: *La regla y el principio de la mayoría*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo: “La quiebra de la representación política”, en *Fundamentos Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, N° 3, Año 2004.

CIAURRO, LUIGI: “Las relaciones entre Poder Legislativo y autoridad judicial en Italia”, en *Instituciones de Derecho Parlamentario*, VI, *Relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial*, Vitoria-Gasteiz, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, 2007.

CID VILLAGRASA, Blanca (Dir.) y RECODER VALLINA, Tatiana (Coord.): *El Parlamento ante los Tribunales*, Pamplona, Asamblea de Madrid-Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

CIDONCHA MARTÍN, Antonio: “El control del gobierno desde la perspectiva del parlamentario individual”, en ARAGÓN REYES, Manuel y GÓMEZ MONTORO, Ángel J. (Coords.): *El Gobierno Problemas constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

COBREROS MENDAZONA, Edorta y SÁIZ ARNAIZ, Alejandro: “La defensa del status del parlamentario”, en FIGUEROA LARAUDOGOITIA, Alberto y DA SILVA OCHOA, Juan Carlos (Coords.): *Parlamento y Derecho*, Vitoria-Gasteiz, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, 1991.

COBREROS MENDAZONA, Edorta: “El “status” parlamentario como derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2 de la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución Española Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, T. III.

CONSTANT, Benjamín: “Principios de política”, en CONSTANT, Benjamín: *Escritos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

CONSTANT, Benjamín: “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos Conferencia pronunciada en el Ateneo de París. Febrero de 1819”, en CONSTANT, Benjamín: *Escritos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

CONSTANT, Benjamin: *Una Constitución para la República de los modernos (Fragmentos de una obra abandonada sobre la posibilidad de una Constitución Republicana en un gran país)*, Madrid, Tecnos, 2013.

CORONA FERRERO, Jesús Ma.: “Los grupos parlamentarios y el mandato”, en *Asamblea Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid Especial monográfico los grupos parlamentarios*, Junio, 2007.

CORWIN, Edward S.: *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Buenos Aires, Editorial Fraterna, 1987.

COTINO HUESO, Lorenzo: “Tratamiento jurídico y normativo de la democracia, participación y transparencia electrónicas: presente y perspectivas”, en BARRAT IESTEVE, Jordi y FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa Ma. (Coords.): *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2011.

COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993.

CREMADES GARCÍA, Javier: “Efectos del principio hereditario en las funciones moderadoras, arbitral y simbólica del Rey”, en TORRES DEL MORAL, Antonio (Dir.): *Monarquía y Constitución (I)*, Madrid, Colex, 2001.

CRIADO DE DIEGO, Marcos: “Mandato imperativo y procura de los representantes en las Cortes Castellanas y en los Parlamentos de los reinos históricos de Italia”, en *Revista de las Cortes Generales*, N° 63, Año 2004.

CRIADO DE DIEGO, Marcos: *Representación, Estado y democracia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

CRUZ VILLALÓN, Pedro: “Derechos fundamentales y legislación”, en *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1993.

CRUZ VILLALÓN, Pedro: “Constitución nacional y Constitución europea”, en CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La Constitución inédita Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004.

CRUZ VILLALÓN, Pedro: “Rasgos básicos del Derecho Constitucional de los Estados en perspectiva comparada”, en VON BOGDANDY, Armin, CRUZ VILLALÓN, Pedro y HUBER, Peter M.: *El Derecho Constitucional en el espacio jurídico europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

D

DAHL, Robert A.: *La poliarquía Participación y oposición*, Madrid, Tecnos, 2009.

DE LA PEÑA RODRÍGUEZ, Luis: “La función de control en la jurisprudencia constitucional”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997.

DE VEGA, Pedro: “Para una teoría política de la oposición”, en *Boletín Informativo de Ciencia Política*, N° 5, Diciembre de 1970.

DE VEGA, Pedro: “Significado constitucional de la representación política”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 44, Marzo-Abril 1985.

DE VEGA GARCÍA, Pedro: “En torno a la legitimidad constitucional”, en *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador en las ciencias jurídicas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

DE VERGOTTINI, Giuseppe: “La forma de oposición garantizada”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 9, 1979.

DE VERGOTTINI, Giuseppe: *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1985.

DE VERGOTTINI, Giuseppe: *Más allá del diálogo entre tribunales Comparación y relación entre jurisdicciones*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.

DEL PINO CARAZO, Ana: “La suspensión de los derechos de los parlamentarios”, en *CORTS: Anuario de derecho parlamentario*, N° 17, Año 2006.

DEL PINO CARAZO, Ana: “Del tránsito de un concepto formal a un concepto material de enmienda en el procedimiento legislativo, ¿una cuestión zanjada?”, en RUBIO LLORENTE, Francisco, JIMÉNEZ CAMPO, Javier, SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, BIGLINO CAMPOS, Paloma, y GÓMEZ MONTORO, Ángel (Coords.): *La Constitución política de España Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

DELGADO-GUEMBES, César: *Manual del Parlamento Introducción al estudio del Congreso Peruano*, Lima, Congreso de la República, 2002.

DELGADO-GUEMBES, César: “Una vez más ¿Quis custodiet ipso custodies? Efectos de la STC Exp. N° 00156-2002-PHC-TC”, en *Gaceta Constitucional*, T. 65, Mayo 2013.

DELGADO-GUEMBES, César: “Antecedentes, itinerario y programa de acción para las comisiones investigadoras después de la Opinión Consultiva N° 2 de la Comisión de Constitución del Congreso (Alcances de la STC 156-2012-PHC/TC), en *RAE Jurisprudencia Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, N° 82 Especial Derecho al debido proceso en sede parlamentaria, Abril de 2015.

DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012.

E

EGUIGUREN PRAELI, Francisco: “La infracción constitucional como límite a la inviolabilidad por votos u opiniones de los parlamentarios”, en EGUIGUREN PRAELI, Francisco: *Estudios constitucionales*, Lima, ARA, 2002.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José: “Antejuicio y juicio político en el Perú”, en *Pensamiento Constitucional*, N° 13, Año XIII.

ELÍAS MÉNDEZ, Cristina: *La moción de censura en España y Alemania (Estado, Länder y Comunidades Autónomas)*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2005.

ELY, John Hart: *Democracia y desconfianza Una teoría del control constitucional*, Bogotá, Universidad de Los Andes Facultad de Derecho-Siglo del Hombre Editores, 1997.

ESPARZA Leibar, Iñaki: *El principio del debido proceso*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995.

ESQUEMBRE VÁLDES, Ma. del Mar: “Ciudadanía y género. Una reconstrucción de la triada de derechos fundamentales”, en Monereo Atienza, Cristina y Monereo Pérez, José Luis (Dirs. y Coords.): *Género y derechos fundamentales*, Granada, Comares, 2010.

ESPARZA OROZ, Miguel: *La ilegalización de Batasuna El nuevo régimen jurídico de los partidos políticos*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2004.

F

FEDERICO II de Prusia: *Antimaquiavelo o refutación del Príncipe de Maquiavelo (Editado en 1740 por Voltaire)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, Manuel: *Teoría y jurisprudencia parlamentaria Un estudio de teoría y jurisprudencia constitucional sobre el Parlamento*, Madrid, Cortes Generales-Congreso de los Diputados, 2013.

FERNÁNDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso: “Artículo 71”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar: *Comentarios a las Leyes Políticas Constitución Española de 1978*, Revista de Derecho Público, T. VI.

FERNÁNDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso: “Artículo 71 Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas Constitución Española de 1978*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1989, T. VI.

FERNÁNDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso: “Artículo 70 Causas de inelegibilidad e incompatibilidad y control judicial de las actas electorales”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas Constitución Española de 1978*, Madrid, Editorial de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1989, T. IV.

FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa Ma.: *El voto parlamentario*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio: “El control parlamentario y su regulación en el ordenamiento español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 60, Septiembre-Diciembre 2000.

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio: “La primacía del Presidente del gabinete ministerial”, en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo (Coord.): *Gobierno y Constitución Actas del II Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Asociación de Constitucionalistas de España-Tirant lo Blanch, 2005.

FERRANDO BADÍA, Juan: “En torno a una teoría de la oposición en el sistema democrático-liberal”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 173, Septiembre/Octubre 1970.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) Sobre el cumplimiento del caso Gelman Vs. Uruguay”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.): *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

FERRERES COMELLA, Víctor: *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

FLORES GIMÉNEZ, Fernando: *La democracia interna de los partidos políticos*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1998.

FOSSAS ESPADALER, Enric: *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Madrid, Tecnos, 1993.

FOSSAS ESPADALER, Enric: ““Cosa interpretada” en derechos fundamentales: jurisprudencia del TEDH y jurisprudencia constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 82 (II), Septiembre-Diciembre 2008.

G

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A.: “El derecho al sufragio”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, DE ASÍS ROIG, Rafael, ANSUÁTEGUI ROIG, Fco. Javier y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (Dirs.): *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2013, Tomo IV: Siglo XX, Volumen VI, Libro II.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: “Forma de gobierno en la Constitución Peruana”, en GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: *La Constitución en el péndulo*, Arequipa, Universidad Nacional San Agustín, 1996.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: “¿Antejuicio, acusación constitucional, juicio político?”, en *Revista Jurídica del Perú*, N° 55, Marzo-Abril 2004.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: “El presidencialismo atenuado y su funcionamiento (Con referencia al sistema constitucional peruano)”, en ELLIS, Andrew, OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús y ZOVATTO, Daniel (Coords.): *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2009.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: “Evolución y características del presidencialismo peruano”, en *Pensamiento Constitucional*, N° 13, Año XIII.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: “Informe del Dr. Domingo García Belaúnde sobre el proceder de la comisión investigadora de la gestión del ex Presidente Alan García Pérez durante 2006-2011”, en *¿Investigar o inhabilitar? La violación del debido proceso en la investigación a Alan García*, Lima, 2013.

GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, Piedad: *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, Piedad: “Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 36, Año 2015.

GARCÍA GUITIÁN, Elena, “Representación y participación: la rendición de cuentas en las democracias contemporáneas”, en MENÉNDEZ ALZAMORA, Manuel (Ed.): *Participación y representación política*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “Sobre los derechos públicos subjetivos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 6, 1975.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Democracia, ley e inmunidades de poder*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters-Aranzadi, 2011.

GARCÍA MAHAMUT, Rosario: *Las comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.

GARCÍA MAHAMUT, Rosario: “Las comisiones de investigación y el poder judicial”, en *Instituciones de Derecho Parlamentario, VI, Relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial*, Vitoria-Gasteiz, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, 2007.

GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción: “La actividad legislativa del Parlamento como mecanismo de control político”, en *Revista de las Cortes Generales*, N° 14, Segundo Cuatrimestre 1988.

GARCÍA MORILLO, Joaquín: *El control parlamentario del Gobierno en el ordenamiento español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1985.

GARCÍA PELAYO, Manuel: “El Estado de partidos”, en GARCÍA PELAYO, Manuel: *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: “El control judicial interno de convencionalidad”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.); *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

GARCÍA ROCA, F. Javier: *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Tecnos, 1987.

GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos: un estudio el artículo 23.2 de la Constitución*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

GARCÍA ROCA, Javier: “Los derechos de los representantes: una regla individualista de la democracia”, en *Parlamento y Constitución Anuario*, N° 2, Año 2000.

GARCÍA ROCA, Javier: “El principio de la división de poderes”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 108, Abril-Junio 2000.

GARCÍA ROCA, Javier: “La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado constitucional y control de las actuaciones de los partidos fundamentalistas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 65, Mayo-Agosto 2002.

GARCÍA ROCA, Javier: “Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CORONA FERRERO, Jesús Ma. (Dirs.): *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009.

GARCÍA ROCA, Javier: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.

GARCÍA ROCA, F. Javier y DALLA VÍA, Alberto R.: “Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático”, en GARCÍA ROCA, Javier, FERNÁNDEZ, Pablo Antonio,

SANTOLAYA, Pablo y CANOSA, Raúl (Eds.): *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2012.

GARCÍA ROCA, Javier e IBRIDO, Renato: “El control parlamentario en Italia. Un estudio comparado sobre el concepto y algunas de sus mejores prácticas: el Comité para la Legislación y la Comisión de Presupuestos”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *El control del Gobierno en democracia XIX Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2013.

GARCÍA ROCA, Javier (Ed.): *Pautas para una reforma constitucional Informe para el debate*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi-Instituto de Derecho Parlamentario, 2014.

GARCÍA ROCA, Javier: “El desarrollo de la comparación jurídica como ciencia y como materia en la enseñanza en España”, en *Revista General de Derecho Público Comparado*, N° 14, Enero 2014.

GARCÍA ROCA, Javier: “La supresión –sobreenvenida– del sueldo de los diputados de Castilla La Mancha según la STC 36/2014”, de 27 de febrero: una solución sencilla para un caso complejo”, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, N° 7, Junio 2014.

GARCÍA ROCA, Javier: “El preámbulo contexto hermenéutico del convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (Coords.): *La Europa de los derechos El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

GARCÍA ROCA, Javier: “Del compromiso internacional de los Estados a organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (Art. 3-P1 CEDH)”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (Coords.): *La Europa de los derechos El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

GARCÍA ROCA, Javier y VIDAL ZAPATERO, José Miguel: “El derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1 CEDH): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la justicia”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (Coords.): *La Europa de los derechos El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

GARCÍA ROCA, Javier: “Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (Art. 17 CEDH)”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (Coords.): *La Europa de los derechos El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

GARCÍA ROCA, Javier: “Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 38, Año 2016.

GARGARELLA, Roberto: *La justicia frente al Gobierno Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Editorial Ariel, 1996.

GARRORENA MORALES, Angel: *Representación política y Constitución democrática*, Madrid, Civitas, 1991.

GARRORENA MORALES, Ángel: “La crisis actual de la democracia representativa. ¿Qué hacer?”, en GARRORENA MORALES, Ángel: *Escritos sobre la democracia La democracia y la crisis de la democracia representativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos: *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos: “La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 20, Año 2007.

GÓMEZ CORONA, Esperanza: “El control parlamentario en la jurisprudencia constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 19, Año 2007.

GÓMEZ CORONA, Esperanza: *Las Cortes Generales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2008.

GÓMEZ CORONA, Esperanza: *La autonomía parlamentaria en la práctica constitucional española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar: “Participación política: la aproximación del TEDH”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel y VIANA GARCÉS, Andrée (Eds.): *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos Derecho a la vida libertad personal libertad de expresión participación política*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

GÓMEZ MONTORO, Ángel J.: *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

GÓMEZ MONTORO, Ángel J.: “Los procesos de resolución de conflictos constitucionales”, en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, GÓMEZ MONTORO, Ángel J., MEDINA GUERRERO, Manuel y Requejo Pagés, Juan Luis: *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Madrid, MacGraw-Hill, 1997.

GÓMEZ MONTORO, Ángel J.: “El control jurisdiccional del gobierno”, en ARAGÓN REYES, Manuel y GÓMEZ MONTORO, Ángel J. (Coords.): *El Gobierno Problemas constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

GÓMEZ MONTORO, Ángel J. “Los derechos procesales del art. 24.2 CE”, en VIVER PI-SUNYER, Carles (Coord.) y Otros: *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

GONZÁLES BEILFUSS, Markus: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús: *Autonomía, dignidad y ciudadanía Una teoría de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

GRECIET GARCÍA, Esteban: “Posición constitucional de las comisiones de investigación y protección de los derechos de los comparecientes”, en *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, N° 10, Año 2004.

GUDE FERNÁNDEZ, Ana: *Las comisiones parlamentarias de investigación*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2000.

GUIZOT, Francois: *Historia de los orígenes del gobierno representativo en Europa*, Oviedo, KRK Ediciones, 2009.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco J.: “El derecho fundamental al debate parlamentario”, en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, N° 16, Año 2005.

GUTIÉRREZ TICSE, Gustavo: “Una sentencia que expresa el grave desconocimiento de las instituciones parlamentarias A propósito de la sentencia emitida por la Primera Sala Civil en el caso Alan García y la “megacomisión””, en *Gaceta Constitucional*, T. 73, Enero 2014.

GUTMANN, Any: “La justicia a través de las esferas”, en MILLER, David y WALZER, Michael (Comps.): *Pluralismo, justicia e igualdad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1997.

H

HÄBERLE, Peter: “La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales. Efectividad de los derechos fundamentales: en particular en relación con el ejercicio del Poder Legislativo”, en LÓPEZ PINA, Antonio (Dir.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid-Civitas, 1991.

HÄBERLE, Peter: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

HÄBERLE, Peter: *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000.

HÄBERLE, Peter: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Granada, Comares, 2003.

HÄBERLE, Peter: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Dykinson, 2003.

HÄBERLE, Peter: “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, en Häberle, Peter: *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Lima, Palestra, 2004.

HÄBERLE, Peter: “Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional”, en Häberle, Peter: *Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar*, Lima, Palestra, 2004.

HÄBERLE, Peter: *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, Tecnos, 2013.

HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa II Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Taurus, 1987.

HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, Cátedra, 1997.

HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa I Racionalidad de la acción y racionalidad social*, Madrid, Taurus, 2003.

HABERMAS, Jürgen: *Conciencia moral y acción comunicativa*, Madrid, Trotta, 2008.

HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2008.

HABERMAS, Jürgen: “Ciudadanía e identidad nacional”, en HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2008.

HERRÁIZ SERRANO, Olga: “Régimen disciplinario de los parlamentarios”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y diputado XVII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2011.

HESSE, Konrad: “La fuerza normativa de la Constitución”, en HESSE, Konrad: *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

HESSE, Konrad: “La interpretación constitucional”, en HESSE, Konrad: *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

HESSE, Konrad: “Democracia”, en HESSE Konrad: *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

HOBBS, Thomas: *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Madrid, Alianza Editorial, 2011.

HOLGADO GONZÁLEZ, María: *El programa de gobierno y sus sistemas de control*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

I

IONESCU, Ghita y DE MADARIAGA, Isabel: *La oposición. Pasado y presente de una institución política*, Madrid, Espasa-Calpe, 1977.

J

JELLINEK, Georg: *System der subjektiven öffentlichen rechten*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1919.

JELLINEK, Georg: *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

JENNINGS, Sir Ivor: *El régimen político de la Gran Bretaña*, Madrid, Tecnos, 1962.

JIMÉNEZ APARICIO, Emilio: *Régimen jurídico de la retribuciones de los diputados y senadores*, Madrid, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier: “El legislador de los derechos fundamentales”, en *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1993.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier: “Sobre los derechos fundamentales de los parlamentarios”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997.

JORDANO FRAGA, Jesús: “¿Jaque mate al acto político?”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 95, Julio-Setiembre 1997.

K

KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.

KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, Granada, Editorial Comares, 2002.

KELSEN, Hans: *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

KRIELE, Martín: *Introducción a la Teoría del Estado Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, Depalma, 1980.

KRSTICEVIC, Viviana: “Presidencialismo en América Latina”, en NINO, Carlos Santiago, GARGARELLA, Roberto, RODRÍGUEZ, Marcela Virginia, KRSTICEVIC, Viviana, LERER, Adrian, SABSAY, Daniel Alberto, DE RIZ, Liliana y SMULOVITZ, Catalina: *El presidencialismo puesto a prueba –Con especial referencia al sistema presidencialista latinoamericano–*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992

L

LANDA ARROYO, César: *Derecho Político del Gobierno y la oposición democrática*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.

LANDA ARROYO, César: *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, Palestra, 2007.

LANDA ARROYO, César: “Excursus: Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones”, en LANDA ARROYO, César: *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, Palestra, 2007.

LANDA, César: *Derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa, 2011.

LANDA ARROYO, César, ARANGÜENA FANEGO, Coral y FERRER MC GREGOR, Eduardo: “El derecho al debido proceso”, en GARCÍA ROCA, Javier, FERNÁNDEZ, Pablo Antonio, SANTOLAYA, Pablo y CANOSA, Raúl (Eds.): *El dialogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2012.

LANDA ARROYO, César: “Consideraciones generales sobre los límites del control judicial del debido proceso en los procedimientos desarrollados ante las comisiones investigadoras del Congreso de la República”, en *Revista Derecho PUCP*, N° 73, Enero 2014.

LANDA ARROYO, César: “El control parlamentario en la Constitución Política de 1993: balance y perspectiva”, en *Pensamiento Constitucional*, N° 10, Año X.

LANDA ARROYO, César: “¿Diálogo entre la justicia constitucional y la jurisdicción internacional? Entre la incorporación y la manipulación de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano”, en LÓPEZ GUERRA, Luis y SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Dir.): *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Lima, Palestra, 2015.

LANDA ARROYO, César: *Convencionalización del Derecho peruano*, Lima, Palestra, 2016.

LANZARO, Jorge: “Presidencialismo con partidos y sin partidos. El presidencialismo en América Latina: debates teóricos y evolución histórica”, en LANZARO, Jorge (Ed.): *Presidencialismo y parlamentarismo América Latina y Europa Meridional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki: “Artículo 3. Derecho a elecciones libres”, en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.): *Convenio Europeo de Derechos Humanos Comentario sistemático*, Pamplona. Aranzadi-Thomson Reuters, 2009.

LASALLE, Ferdinand: *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Editorial Ariel, 1997.

LARIOS PATERNA, María Jesús: *La participación ciudadana en la elaboración de la ley*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2013.

LOCKE, John: “Segundo Tratado sobre el Gobierno Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil”, en *Locke*, Madrid, Gredos, 2013.

LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1986.

LÓPEZ, A., RAMÍREZ, V. y RUIZ TARRÍAS, S.; “Igualdad y representación. Una propuesta para conseguir una mayor “presencia o composición equilibrada” entre géneros a través de la legislación electoral”, en MONEREO ATIENZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir. y Coords.): *Género y derechos fundamentales*, Granada, Comares, 2010.

LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: *La oposición parlamentaria y el orden constitucional Análisis del estatuto de la oposición en España*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: *Minoría y oposición en el parlamentarismo Una aproximación comparativa*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1991.

LÓPEZ GUERRA, Luis: “El derecho de participación en los asuntos públicos”, en *XIII Jornadas de estudio Los derechos fundamentales y las libertades públicas*, Madrid, Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica, 1993.

LÓPEZ GUERRA, Luis: “Organización y funcionamiento del Parlamento del futuro”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *El Parlamento del siglo XXI VIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2002.

LORENZANA DE LA PUENTE, Felipe: *La representación política en el antiguo régimen. Las Cortes de Castilla, 1655-1834*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2013.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: “Las comisiones de investigación en las Cortes”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N° 10, Marzo 1986.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: “El estatuto de los parlamentarios”, en FIGUEROA LARAUDOGOITIA, Alberto y DA SILVA OCHOA, Juan Carlos (Coords.): *Parlamento y Derecho*, Vitoria-Gasteiz, Eusko Legebilzarra-Parlamento Vasco, 1991.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: “El estatuto de los parlamentarios”, en *Administración Pública Revista de Administración Pública*, N° 5, Enero-Febrero-Marzo 1991.

LUCAS VERDÚ, Pablo: *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987.

M

MACCORMICK, Neil: *Questioning sovereignty law, State and Nation in the European Commonwealth*, New York, Oxford, 2002.

MAIHOFER, Werner: “Principios de una democracia en libertad”, en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE y HEYDE: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001.

MAQUIAVELO: “El Príncipe”, en *Maquiavelo*, Madrid, Gredos, 2010.

MANCISIDOR ARTARAZ, Eduardo: “El derecho a la información de los parlamentarios en la jurisprudencia constitucional”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997.

MANIN, Bernard: *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza Editorial, 2010.

MANZELLA, Andrea: *Il Parlamento*, Bologna, Il Mulino, 1991.

MANZELLA, Andrea: “El Parlamento en el siglo XXI”, en Pau I Vall, Francesc (Coord.): *El Parlamento del siglo XXI VIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2002.

MARAÑÓN GÓMEZ, Raquel: “El estatuto del diputado en los reglamentos parlamentarios autonómicos”, en IGLESIAS MACHADO, Salvador y MARAÑÓN GÓMEZ, Raquel (Coords.): *Manual de Derecho Parlamentario Autonómico*, Madrid, Dykinson-Parlamento de Canarias, 2016.

MARSHALL, T.H. y BOTTOMORE, Tom: *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.

MARTÍN NÚÑEZ, Esther: *El régimen constitucional del cargo público representativo*, Barcelona, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, 1996.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: “El control por el Tribunal Constitucional de la actividad no legislativa del Parlamento”, en *Revista de Administración Pública*, N° 107, Mayo-Agosto 1985.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: “Los derechos electorales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en PASCUA MATEO, Fabio (Dir.): *Estado democrático y Elecciones libres. Cuestiones fundamentales de Derecho Electoral*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.

MARTÍNEZ CORRAL, Juan Antonio: “El sonado caso de los diputados que estaban y se les esperaba, pero no aparecieron Comentario a la STC 39/2008 de 10 de marzo”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Tomo II, 2008.

MARTÍNEZ SEMPERE, Eva: “Hacia la plena ciudadanía”, en FREIXES SANJUÁN, Teresa y SEVILLA MERINO, Julia (Coords.): *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2005.

MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco: *Poderes y límites de la investigación parlamentaria en el Derecho Constitucional Español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2001.

MATHEUS FERNÁNDEZ, Juan Miguel: *La disciplina parlamentaria*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2013.

MEDINA GUERRERO, Manuel: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.

MEDINA RUBIO, Ricardo: *La función constitucional de las comisiones parlamentarias de investigación*, Madrid, Civitas, 1994.

MENÉNDEZ ALZAMORA, Manuel: “Sobre los orígenes de la representación moderna”, en Menéndez Alzamora, Manuel (Ed.): *Participación y representación política*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

MICHELS, Robert: *Los partidos políticos Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, Buenos Aires-Madrid, Amorrortu Editores, 2008, Ts. I y II.

MILLER, David: “Igualdad compleja”, en MILLER, David y WALZER, Michael (Comps.): *Pluralismo, justicia e igualdad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1997.

MIRÓ QUESADA RADA, Francisco: “Democracia directa en las Constituciones latinoamericanas: un análisis comparado”, en MIRÓ QUESADA RADA, Francisco: *Democracia directa en América Latina*, Lima, Asociación Cultural Educacional Windsor del Perú, 2010.

MIRÓ QUESADA RADA, Francisco: “La democracia electrónica”, en MIRÓ QUESADA RADA, Francisco: *Democracia directa en América Latina*, Lima, Asociación Cultural Educacional Windsor del Perú, 2010.

MIR PUIG, Santiago: *El Derecho Penal en el Estado democrático y social de Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

MIR PUIG, Santiago: *Estado, pena y delito*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2006.

MOLAS, Isidre: “La oposición en el parlamentarismo mayoritario”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 2, Enero-Abril 1989.

MOLAS I BATLLORI, Isidre: “La oposición parlamentaria en el siglo XXI”, en Pau I Vall, Francesc (Coord.): *El Parlamento del siglo XXI VIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2002.

MOLERO Alonso, Diego: *Las interpelaciones parlamentarias*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2003.

MONTANER SALAS, Carlos: “Adquisición, suspensión y pérdida del mandato parlamentario”, en Pau I Vall, Francesc (Coord.): *Parlamento y Poder Judicial XIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2007.

MONTERO AROCA, Juan: “El principio acusatorio Un intento de aclaración conceptual”, en *Justicia*, N° IV, Año 1992.

MONTERO GISBERT, José Ramón y GARCÍA MORILLO, Joaquín: *El control parlamentario*, Madrid, Tecnos, 1984.

MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo: *La infracción constitucional*, Lima, Palestra, 2005.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela: “Estándares interamericanos sobre independencia judicial en los casos de remoción de jueces: negación del diálogo judicial por parte de Venezuela”, en SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Dir.), SOLANES MULLOR, Joan y ROA ROA, Jorge Ernesto (Coords.): *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos*

Humanos, Valencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Tirant lo Blanch-Universidad Pompeu Fabra, 2017.

MORALES ARROYO, José María: *Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

MORALES ARROYO, José María: “Las consecuencias colaterales de la disolución de Batasuna”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 71, Mayo -Agosto 2004.

MORALES ARROYO, José María: *El conflicto parlamentario ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

N

NAVA GOMAR, Salvador Olimpo: “El diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y WENCES, Isabel (Coords.): *La América de los derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio: *Partidos políticos y “democracia interna”*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

NAVAS CASTILLO, Antonia: *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios sin valor de ley*, Madrid, Colex, 2000.

NIETO, Alejandro: *Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 2012.

Normas de conducta para la vida pública Informe Nolan, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1996.

NOZICK, Robert: *Anarquía, Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.

O

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo: *El derecho a no inculparse*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2015.

ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados y senadores (La prohibición del mandato imperativo frente a la disciplina de partido)*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2005.

OSTROGORSKI, Moisei: *La democracia y los partidos políticos (Conclusión de 1912)*, Madrid, Trotta, 2008.

P

PALOMAR OLMEDA, Alberto: “El acceso a los cargos y funciones públicas. La fiscalización jurisdiccional del nombramiento del Fiscal General del Estado La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1994”, en *Derechos y Libertades Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N° 4, 1995.

PANIAGUA CORAZAO, Valentín: “La justiciabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 3, 1999.

PARDO FALCÓN, Javier: “Votaciones y grupos parlamentarios (Comentario a la STC 361/2006, de 18 de diciembre, sobre votación electrónica del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del País Vasco para 2005)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 81, Septiembre -Diciembre 2007.

PARRA VERA, Oscar: “La independencia judicial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Evolución, Debates y Diálogos”, en SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Dir.), SOLANES MULLOR, Joan y ROA ROA, Jorge Ernesto (Coords.): *diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos*, Valencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Tirant lo Blanch-Universidad Pompeu Fabra, 2017.

PASCUA MATEO, Fabio: *El control de las elecciones*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009.

PASCUA MATEO, Fabio: *Fuentes y control del Derecho Parlamentario y de la administración parlamentaria*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

PASQUINO, Gianfranco: *La oposición*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.

PEÑARANDA RAMOS, José Luis: “Artículo 71: La dimensión actual de las prerrogativas parlamentarias”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1998.

PEREA FLORENCIO, Vicente: “La legislación de transparencia y los Parlamentos”, en Pau I Vall, Francesc (Coord.): *La transparencia desde el Parlamento XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2015.

PÉREZ ALBERDI, Ma. Reyes: *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2010.

PÉREZ-MONEO AGAPITO, Miguel: *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, Madrid, Lex Nova, 2007.

PÉREZ-MONEO, Miguel: *La selección de candidatos electorales en los partidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

PÉREZ SERRANO, Nicolás: *Tratado de Derecho Político*, Madrid, Civitas, 1984.

PÉREZ TREMPs, Pablo: *El recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

PÉREZ TREMPs, Pablo: *Sistema de justicia constitucional*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

PETIT, Philip: *Republicanism Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós, 1999.

PITKIN, Hanna Fenichel: *El concepto de representación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

PRADO, Geraldo y TAVARES, Juarez: “El proceso de impeachment en el derecho brasileño”, en TAVARES, Juarez y PRADO, Geraldo: *Juicio político: El caso brasileño y otros ensayos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “La consolidación del criterio jurisprudencial sobre la admisión de iniciativas legislativas parlamentarias (la STC 38/1999, de 22 de marzo)”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, T. II, 1999 (Mayo-Agosto).

PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “La prohibición de mandato imperativo como una garantía al servicio de la representatividad democrática”, en *Debates Constitucionales*, N° 1, Año 1999.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel: *El derecho de voto*, Madrid, Tecnos, 2003.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “La representación política como derecho fundamental”, en BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. (Coord.): *La representación política*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2004.

PRESNO LINERA, Miguel A.: “El origen del Derecho Electoral Español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 96, Setiembre-Diciembre 2012.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “Democracia ciudadana y ciudadanía democrática”, en *Fundamentos Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional: el pueblo del Estado: nacionalidad y ciudadanía en el Estado Constitucional*, N° 7, 2012.

PRESNO, Miguel: “Fatiga del parlamentarismo y algunas propuestas para revitalizarlo”, en PINELLI, Cesare y PRESNO, Miguel: *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “La democracia participativa como instrumento de impulso, deliberación y control”, en CASCAJO CASTRO, José Luis y MARTÍN DE LA VEGA, Augusto (Coords.): *Participación, representación y democracia XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

PSEUDO-JENOFONTE: “La República de los Atenenses”, en PSEUDO-JENOFONTE: *La República de los Lacedemonios La República de los Atenenses*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

PULIDO QUECEDO, Manuel: “Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones públicas (Comentario a la STC 47/1990, de 20 de marzo)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 30, Setiembre-Diciembre 1990.

PULIDO QUECEDO, Manuel: *El acceso a los cargos y funciones públicas (Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución)*, Madrid, Parlamento de Navarra-Civitas, 1992.

PULIDO QUECEDO, Manuel: “Parlamento y diputado: la jurisprudencia constitucional”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y diputado XVII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2011.

PUNNETT. R. M.: *Front-bench opposition: The role of the leader of the opposition, the shadow cabinet and shadow government in British Politics*, London, Heinemann, 1973.

PUNSET, Ramón: *Estudios parlamentarios*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

PUNSET, Ramón: “El control parlamentario en España: cuestiones controvertidas desde la perspectiva de la forma de gobierno”, en Punset, Ramón: *Potestades normativas y forma de gobierno*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

Q

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia: *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia: “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. (Coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constiucionales, 2009.

QUISPE REMÓN, Florabel: *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

QUIROGA LEÓN, Aníbal: “Informe del Dr. Aníbal Quiroga León Informe legal-constitucional: análisis del proceso-parlamentario-megacomisión encargada de investigar la gestión presidencial 2006-2011”, en *¿Investigar o inhabilitar? La violación del debido proceso en la investigación a Alan García*, Lima, 2013.

QUIROGA LEÓN, Aníbal: *El debido proceso legal en el Perú y en el sistema interamericano de derechos humanos*, Lima, IDEMSA, 2014.

QVORTRUP, Matt: “La experiencia estadounidense de 1776 a 2012”, en WELP, Yanina y SERDÜLT, Uwe (Coords.): *La dosis hace el veneno Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza*, Quito, Consejo Nacional Electoral-Instituto de la Democracia, 2014.

R

RAWLS, John: *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013.

RECORDER DE CASSO, Emilio: “Artículo 71”, en GARRIDO FALLA, Fernando: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 2001.

REDONDO GARCÍA, Ana Ma.: “La facultad de presentar enmiendas como concreción del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997.

REDONDO GARCÍA, Ana Ma. del Carmen: *El derecho de enmienda en los procedimientos legislativos de las Cortes Generales*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2001.

REQUEJO, Paloma: *Democracia parlamentaria y principio minoritario La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Barcelona, Ariel, 2000.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: “Artículo 102: criterios para la exigencia de responsabilidad criminal al Presidente y demás miembros del Gobierno”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1998.

RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge: “El Poder Judicial como límite de la potestad de control de las Cortes Generales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 9, Septiembre-Diciembre 1983.

ROSANVALLON, Pierre: *La consagración del ciudadano Historia del sufragio universal en Francia*, México, Instituto Mora, 1999.

ROSANVALLON, Pierre: *La contrademocracia La política en la era de la desconfianza*, Buenos Aires, Manantial, 2007.

ROSANVALLON, Pierre: *La legitimidad democrática Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques: “Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma”, en ROUSSEAU, Jean Jacques: *Proyecto de Constitución para Córcega y consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, Madrid, Tecnos, 1988.

ROUSSEAU, Jean Jaques: *El contrato social o principios de derecho político*, Madrid, Tecnos, 2014.

RUBIO CARRACEDO, José: *Teoría crítica de la ciudadanía democrática*, Madrid, Trotta, 2007.

RUBIO LLORENTE, Francisco: “La representación política”, en RUBIO LLORENTE, Francisco: *La forma de poder Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, Vol. II.

RUBIO LLORENTE, Francisco: “El mandato parlamentario”, en RUBIO LLORENTE, Francisco: *La forma de poder Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, Vol. II.

RUBIO LLORENTE, Francisco: “El Parlamento y la representación política”, en RUBIO LLORENTE, Francisco: *La forma de poder Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, Vol. II.

RUBIO LLORENTE, Francisco: “El procedimiento legislativo”, en RUBIO LLORENTE, Francisco: *La forma de poder Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, Vol. II.

RUBIO LLORENTE, Francisco: “El control parlamentario”, en RUBIO LLORENTE, Francisco: *La forma de poder Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, Vol. II.

RUBIO NUÑEZ, Rafael: *Los grupos de presión*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

S

SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *Los grupos parlamentarios*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1989.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro: “El referéndum derogatorio en el ordenamiento italiano: entre las (incompletas) previsiones normativas y la (creativa) jurisprudencia constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 36, Septiembre-Diciembre 1992.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro: “El Convenio de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la cultura común de los derechos fundamentales en Europa”, en *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*, Valencia, Amela, 2009.

SALAH PALACIOS, Emilio: *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2014*, Madrid, Cultiva Libros, 2015.

SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: *El candidato en el actual sistema de democracia representativa*, Granada, Comares, 1999.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis: *Historia del constitucionalismo español*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978.

SÁNCHEZ BLANCO, Ángel: “Los derechos de participación, representación y de acceso a funciones y cargos públicos: la corrección de la unilateral perspectiva política”, en *Revista española de Derecho Administrativo*, N° 46, Abril-Junio 1985.

SÁNCHEZ BLANCO, Ángel: “La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de Derecho”, en *Revista de Administración Pública*, N° 119, Mayo-Agosto 1989.

SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: “El estatuto constitucional de la oposición política”, en *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, N° 9, 1991.

SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *Las minorías en la estructura parlamentaria*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *La oposición parlamentaria*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997.

SANTAMARÍA, Juan A.: “Artículo 23”, en Garrido Falla, Fernando: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1985.

SANTAOLALLA, Fernando: *El Parlamento y sus instrumentos de información*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando: “La función de control y la ciencia del Derecho Constitucional”, en *Revista de las Cortes Generales*, N° 12, Año 1987.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando: “Principio de legalidad y disciplina parlamentaria [Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1995, de 20 de noviembre (BOE de 28 de diciembre)]”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 47, Mayo-Agosto 1996.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando: *Derecho Parlamentario Español*, Madrid, Dykinson, 2013.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: *Manual de procedimiento electoral*, Madrid, Ministerio del Interior Secretaría General Técnica, 1999.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: “Los acuerdos sobre voto en las elecciones municipales de la IX Legislatura”, en MATÍA PORTILLA, Francisco Javier (Dir.): *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: *Procedimiento y garantías electorales*, Pamplona, Civitas-Instituto de Derecho Parlamentario-Thomson Reuters, 2013.

SANTOLAYA, Pablo y DÍAZ CREGO, María: *El sufragio de los extranjeros Un estudio de Derecho comparado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

SANZ PÉREZ, Ángel L.: *El mandato parlamentario: su adquisición, suspensión y extinción. Los deberes del parlamentario*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.

SAR SUÁREZ, Omar: “Naturaleza de la actividad de las comisiones investigadoras y las particularidades del debido proceso en dicho ámbito”, en *Gaceta Constitucional*, N° 73, Enero 2014.

SARMIENTO MÉNDEZ, Xosé Antón: “¿Transparentan bien la información los Parlamentos?: Ideas sobre la calidad de los Legislativos en el Siglo XXI”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *La transparencia desde el Parlamento XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2015, pp. 58-66.

SATRUSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel: “La reforma legal de los partidos políticos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 46, Enero-Abril 1996.

SCHMITT, Carl: *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en la situación actual*, Madrid, Tecnos, 2008.

SCHMITT, Carl: “El defensor de la Constitución”, en SCHMITT, Carl y KELSEN, Hans: *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 2009.

SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2011.

SCHNEIDER, Hans Peter: “Oposición e información El derecho de revisión de expedientes administrativos como derecho parlamentario de la minoría”, en SCHNEIDER, Hans Peter: *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SCHNEIDER, Juan P.: “El régimen parlamentario”, en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE y HEYDE: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Editiones Jurídicas y Sociales, 2001.

SERDÜLT, Uwe: “Una institución durmiente: historia, normas legales y prácticas de la revocatoria en Suiza”, en WELP, Yanina y SERDÜLT, Uwe (Coords.): *La dosis hace el veneno Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza*, Quito, Consejo Nacional Electoral-Instituto de la Democracia, 2014.

SEVILLA MERINO, Julia: *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Valencia, Universitat de València, 2004.

SMEND, Rudolf: *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique: “Derechos y deberes de los parlamentarios”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y diputado XVII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2011.

T

TAYLOR, Charles: *La ética de la autenticidad*, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós, 1994.

TAYLOR, Charles: *La libertad de los modernos*, Buenos Aires-Madrid, Amorrortu Editores, 2005.

TAYLOR, Charles: *El multiculturalismo y la "política del reconocimiento"*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009.

THIBAUT, BERNHARD: "Instituciones de democracia directa", en NOHLEN, Dieter, PICADO, Sonia y ZOVATTO, Daniel (Comps.): *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

TIRADO BARRERA, José Antonio: "Actos parlamentarios y control jurisdiccional", en *Pensamiento Constitucional*, N° 6, Año VI.

TORRES BONET, María: "Las relaciones entre las comisiones de investigación y el Poder Judicial", en *Problemas actuales del control parlamentario Enero 1995 VI Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997.

TORRES BONET, María: *Las comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1998.

TORRES DEL MORAL, Antonio: "Crisis del mandato representativo en el Estado de partidos", en *Revista de Derecho Político*, N° 14, Verano 1982.

TORRES DÍAZ, María Concepción: *Las otras Género, sujetos e igualdad en la ley integral*, Alicante, Universidad de Alicante, 2009.

TORRES MURO, Ignacio: "Actos internos de las cámaras y recurso de amparo Un comentario al auto del Tribunal Constitucional de 21 de marzo de 1984", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 12, Septiembre-Diciembre 1984.

TORRES MURO, Ignacio: "El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana (1)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 17, Mayo-Agosto 1986.

TORRES MURO, Ignacio: "La disciplina parlamentaria ante el Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 28, Enero-Abril 1990.

TORRES MURO, Ignacio: "El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 43, Enero-Abril 1995.

TORRES MURO, Ignacio: *Las comisiones parlamentarias de investigación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

TORRES MURO, Ignacio: "Los derechos de los parlamentarios", en *Revista de Derecho Político*, N° 44, 1998.

TORRES MURO, Ignacio: "La disciplina parlamentaria. Una introducción", en *Instituciones de Derecho Parlamentario, V, Derecho Parlamentario Sancionador*, Vitoria-Gasteiz, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, 2005.

TORRES MURO, Ignacio: *La legitimación en los procesos constitucionales*, Madrid, Editorial Reus, 2007.

TORRES MURO, Ignacio: “Nuevas cuestiones del derecho de sufragio pasivo”, en PASCUA MATEO, Fabio (Dir.): *Estado democrático y elecciones libres: cuestiones fundamentales de Derecho Electoral*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2010.

TORRES PÉREZ, Aida: “En defensa del pluralismo constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coords.): *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

TUDELA ARANDA, José: “Parlamento y nuevas tecnologías”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *El Parlamento del siglo XXI VIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2002.

TUDELA ARANDA, José: *El Parlamento necesario. Parlamento y democracia en el siglo XXI*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2008.

TUESTA SOLDEVILLA, Fernando: “Perú: entre la participación y la gobernabilidad local (1997-2013)”, en WELP, Yanina y SERDÜLT, Uwe (Coords.): *La dosis hace el veneno Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza*, Quito, Consejo Nacional Electoral-Instituto de la Democracia, 2014.

U

Úbeda de Torres, Amaya: *Democracia y derechos humanos en Europa y América Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, Editorial Reus, 2007.

V

VALADÉS, Diego: *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, Arequipa, Adrus-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional Sección Peruana, 2009.

VIANA BALLESTER, Clara: *Inmunidades e inviolabilidades: naturaleza jurídica y concepción dogmática. Especial referencia a la inviolabilidad parlamentaria*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2011.

VILA RAMOS, Beatriz: *Los sistemas de comisiones parlamentarias*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

VIRGALA FORURIA, Eduardo: *La moción de censura en la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter: *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989.

VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter: *Anti-Hobbes o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.

VON GIERKE, Otto: *Teoría políticas de la Edad Media (Edición de F. W. Maitland)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

W

WALZER, Michael: *Las esferas de la justicia Una defensa del pluralismo y la igualdad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

WIELAND CONROY, Hubert: *El referéndum en el Perú Doctrina, regulación legal y jurisprudencia constitucional*, Lima, Palestra, 2011.

Y

YANES, Aureliano: “Mandato representativo e ilegalización de partido político”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y diputado XVII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2011.